

## Europäische Daseinsvorsorge: die Politik der EU zwischen Wettbewerb und Gemeinwohlverpflichtung

Becker, Peter

Veröffentlichungsversion / Published Version

Forschungsbericht / research report

**Zur Verfügung gestellt in Kooperation mit / provided in cooperation with:**

Stiftung Wissenschaft und Politik (SWP)

### Empfohlene Zitierung / Suggested Citation:

Becker, P. (2005). *Europäische Daseinsvorsorge: die Politik der EU zwischen Wettbewerb und Gemeinwohlverpflichtung*. (SWP-Studie, 12/2005). Berlin: Stiftung Wissenschaft und Politik -SWP- Deutsches Institut für Internationale Politik und Sicherheit. <https://nbn-resolving.org/urn:nbn:de:0168-ssoar-244322>

### Nutzungsbedingungen:

Dieser Text wird unter einer Deposit-Lizenz (Keine Weiterverbreitung - keine Bearbeitung) zur Verfügung gestellt. Gewährt wird ein nicht exklusives, nicht übertragbares, persönliches und beschränktes Recht auf Nutzung dieses Dokuments. Dieses Dokument ist ausschließlich für den persönlichen, nicht-kommerziellen Gebrauch bestimmt. Auf sämtlichen Kopien dieses Dokuments müssen alle Urheberrechtshinweise und sonstigen Hinweise auf gesetzlichen Schutz beibehalten werden. Sie dürfen dieses Dokument nicht in irgendeiner Weise abändern, noch dürfen Sie dieses Dokument für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, aufführen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Mit der Verwendung dieses Dokuments erkennen Sie die Nutzungsbedingungen an.

### Terms of use:

This document is made available under Deposit Licence (No Redistribution - no modifications). We grant a non-exclusive, non-transferable, individual and limited right to using this document. This document is solely intended for your personal, non-commercial use. All of the copies of this documents must retain all copyright information and other information regarding legal protection. You are not allowed to alter this document in any way, to copy it for public or commercial purposes, to exhibit the document in public, to perform, distribute or otherwise use the document in public.

By using this particular document, you accept the above-stated conditions of use.

## SWP-Studie

Stiftung Wissenschaft und Politik  
Deutsches Institut für Internationale  
Politik und Sicherheit

*Peter Becker*

# Europäische Daseinsvorsorge

Die Politik der EU zwischen Wettbewerb  
und Gemeinwohlverpflichtung

S 12  
Mai 2005  
Berlin

**Alle Rechte vorbehalten.**

Abdruck oder vergleichbare  
Verwendung von Arbeiten  
der Stiftung Wissenschaft  
und Politik ist auch in Aus-  
zügen nur mit vorheriger  
schriftlicher Genehmigung  
gestattet.

© Stiftung Wissenschaft und  
Politik, 2005

**SWP**

Stiftung Wissenschaft und  
Politik  
Deutsches Institut für  
Internationale Politik und  
Sicherheit

Ludwigkirchplatz 3-4  
10719 Berlin  
Telefon +49 30 880 07-0  
Fax +49 30 880 07-100  
[www.swp-berlin.org](http://www.swp-berlin.org)  
[swp@swp-berlin.org](mailto:swp@swp-berlin.org)

ISSN 1611-6372

# Inhalt

5	<b>Problemstellung und Schlußfolgerungen</b>
7	<b>Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der EU</b>
9	Die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und das europäische Beihilfenrecht
11	Europäische oder nationale Lösung – die Kompetenzdebatte
13	<b>Die Dienstleistungsmärkte zwischen Ordnungspolitik und Europäischem Sozialmodell</b>
14	Die ordnungspolitische Debatte
16	Die sozialpolitische Flankierung des Binnenmarkts – das Europäische Sozialmodell
18	<b>Die Positionen der wichtigsten Akteure</b>
18	Die Auffassungen der Mitgliedstaaten von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse
18	<i>Deutschland</i>
19	<i>Frankreich</i>
20	<i>Großbritannien</i>
20	Die Europäische Kommission als Motor der Marktöffnung
22	Die Rolle des Europäischen Parlaments
23	Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs
24	Die kontroverse Diskussion über eine Europäische Rahmenrichtlinie
26	<b>Fallstudie: Der europäische Wassermarkt vor der Liberalisierung</b>
26	Der Wassermarkt zwischen Markt und Gemeinwohl – die ordnungspolitische Diskussion
29	Die europäische Wasserwirtschaft zwischen »kommunaler Atomisierung« und Global Playern – die Kompetenzfrage
30	Konsequenzen
32	<b>Daseinsvorsorge im Spannungsfeld negativer und positiver Integration</b>
34	<b>Fazit</b>
35	<b>Abkürzungen</b>



**Europäische Daseinsvorsorge.  
Die Politik der EU zwischen Wettbewerb  
und Gemeinwohlverpflichtung**

In der Europäischen Union vollzieht sich derzeit wie in fast allen entwickelten Industriestaaten ein dynamischer Strukturwandel zugunsten des Dienstleistungssektors, mit dem enorme Wachstumspotentiale verbunden werden. Die europäische Dienstleistungsrichtlinie, die sogenannte Bolkestein-Richtlinie, ist ein Ausdruck dieser Entwicklung und der festen Absicht, die erwarteten Potentiale zu nutzen. Im Zusammenhang mit der aktuellen kontroversen Debatte über diese Richtlinie verschärft sich auch eine seit Jahren geführte Auseinandersetzung über die Gestaltung und Finanzierung der Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im europäischen Binnenmarkt. Dienstleistungen, die bisher vornehmlich von der öffentlichen Hand vorgehalten wurden, rücken deutlicher in den Fokus der Aufmerksamkeit, wie zum Beispiel das Bildungs- oder das Gesundheitswesen, die Sozialdienste, der öffentliche Personennahverkehr oder die Wasserversorgung, Abwasserbeseitigung und Abfallentsorgung. Angesichts des potentiellen Volumens dieser Dienstleistungsmärkte versuchen private Anbieter verstärkt, in die entstehenden Märkte vorzudringen. Der Druck auf weitergehende Marktöffnungen nimmt somit zu. Für das deutsche System der kommunalen Daseinsvorsorge ist diese Prognose angesichts der fragmentierten und lokal orientierten öffentlichen Dienstleistungsunternehmen überaus problematisch. Damit stellen sich zwei grundsätzliche Fragen:

1. Wie viele gemeinwohlorientierte Dienstleistungen können und wollen sich die Staaten und ihre Gesellschaften in Europa leisten und wie sollen diese Dienstleistungen organisiert und finanziert werden?

Über das Verhältnis zwischen Markt und staatlicher Regulierung bestehen seit Gründung der Gemeinschaft sehr unterschiedliche ordnungspolitische Ansichten und noch immer ist der Binnenmarkt gekennzeichnet von divergierenden Wirtschafts- und Sozialstrukturen, insbesondere im Bereich der gemeinwohlorientierten Dienstleistungen. Jedoch hat der europäische Binnenmarkt mit seinen Marktmechanismen und der erhöhten Kostentransparenz dazu geführt, daß ehemals staatliche Leistungen der Daseinsvorsorge immer häufiger von privaten

Dienstleistern erbracht und immer mehr Marktsegmente für private Anbieter interessant werden. Dies scheint ein Beleg dafür zu sein, daß in diesen Bereichen der staatlichen Leistungsverwaltung durchaus noch erhebliche Effizienzgewinne zu erzielen sind.

2. Bedeutet eine Liberalisierung der gemeinwohlorientierten Dienstleistungsmärkte nicht zugleich den Abschied vom europäischen Sozial- und Gesellschaftsmodell und bedarf es nicht einer europäischen Definition zum Schutz der gemeinwohlorientierten Strukturen der Daseinsvorsorge?

Die Erbringung gemeinwohlorientierter Dienstleistungen wird in ganz Europa als konstitutives Element des europäischen Sozial- und Gesellschaftsmodells verstanden. Allerdings haben die Mitgliedstaaten höchst unterschiedliche Vorstellungen darüber, wie dieses europäische Sozial- und Gesellschaftsmodell ausgestaltet sein soll. Es ist ein besonderes Charakteristikum der Strukturen der Daseinsvorsorge, daß es keine allgemeine und abschließende Festlegung gibt, welche Dienstleistungen dazu gehören, und die Einstufung überwiegend von Fall zu Fall und situationsbezogen erfolgt. Angesichts der breiten Palette unterschiedlicher Leistungen, die von den Mitgliedstaaten als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse angesehen werden, droht jede abstrakte Definition auf europäischer Ebene entweder ein ganzes Marktsegment undifferenziert von der Wettbewerbsaufsicht der Kommission auszunehmen oder umgekehrt die nationalen Gestaltungsspielräume bei der Definition und der Festlegung der Strukturen der gemeinwohlorientierten Dienstleistungen unnötig zu begrenzen.

Eine defensive Politik, die einzig auf den Schutz der deutschen, traditionell kommunal strukturierten Daseinsvorsorge ausgerichtet wäre, würde zu kurz greifen. Vielmehr gibt es Marktpotentiale, die es zu nutzen, und Effizienzgewinne, die es zu mobilisieren gilt. Dies erfordert eine Politik mit folgenden Eckpunkten:

- Es ist durchaus im Interesse der größten europäischen Volkswirtschaft, die Offenheit des Binnenmarkts zu erhalten. Wenn ganze Dienstleistungsmärkte ausgeklammert würden, um den verständlichen Interessen großer gesellschaftlicher Interessengruppen und der betroffenen Anbieter nachzukommen, würde dies zu einer Zementierung der bestehenden Marktstrukturen führen, die der Dynamik und Innovationskraft der Märkte zuwiderliefe. Angesichts des Wachstumspotentials der Dienstlei-

stungsmärkte in Europa und weltweit würde die Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Dienstleistungsunternehmen leiden – mit Folgen für die ökonomische Leistungsfähigkeit der EU insgesamt.

- Als größter nationaler Dienstleistungsmarkt im europäischen Binnenmarkt verfügen die deutschen Anbieter potentiell über Größenvorteile im Wettbewerb mit den europäischen Konkurrenten. Allerdings ist Deutschland mit seiner dezentralen Organisation der Daseinsvorsorge auf die Herausforderungen des wachsenden Wettbewerbs- und Modernisierungsdrucks nicht vorbereitet. Dies erfordert eine Reform der unter anderem durch die Gemeindeordnungen bedingten Fragmentierung des deutschen Marktes.
- Angesichts der national gewachsenen und stark divergierenden Wirtschafts- und Sozialstaatsordnungen scheint es weder realistisch noch sinnvoll, eine europäische Harmonisierung der Daseinsvorsorge anzustreben. Viel praktikabler ist im jeweiligen Einzelfall die Suche nach gemeinwohlorientierten Flankierungen. Mit der Festschreibung sozialer Standards, mit Vorgaben zu Qualität, Kontinuität und Erschwinglichkeit sowie mit Nutzer- und Verbraucherschutzbestimmungen für spezifische Dienstleistungsbereiche könnte den unterschiedlichen Bedingungen in einzelnen Marktsegmenten besser Rechnung getragen werden. In diesen besonderen Segmenten können sowohl die heterogenen Regulierungsnotwendigkeiten bei der Dienstleistungserbringung als auch die unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Traditionen und Interessen leichter miteinander ausgeglichen werden.
- Sowohl die privaten als auch die öffentlichen Dienstleistungsanbieter benötigen rechtliche Planungs- und Entscheidungssicherheit, gerade in bezug auf die beihilfenrechtliche Bewertung der von ihnen erbrachten Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Um diese Rechtssicherheit zu schaffen, ist eine schnelle und pragmatische Umsetzung der jüngsten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in einen allgemeinen beihilfenrechtlichen Gemeinschaftsrahmen entscheidend.

# Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in der EU

Die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DaI) zur Sicherstellung der öffentlichen Grundversorgung werden in Europa mit unterschiedlichen Begriffen belegt – in Frankreich und Italien spricht man zum Beispiel vom *service public* bzw. *servizio pubblico*, in Großbritannien von den *services of general interest*, in den Niederlanden vom *beheer van dienste* und in Deutschland von der *Daseinsvorsorge*. Die unterschiedlichen Konzeptionen und Begriffe der Mitgliedstaaten erwachsen aus den jeweiligen nationalen Rechtstraditionen, werden mit unterschiedlichen Inhalten gefüllt und sind folglich mit verschiedenen Systemen öffentlicher Dienstleistungen verbunden.<sup>1</sup> Eine europaweite, konsolidierte Definition gibt es bislang nicht. Allerdings ist mit dem Zusammenwachsen des europäischen Binnenmarkts das Bedürfnis der EU-Partner nach einer Diskussion darüber, was unter den DaI zu verstehen sei, stetig gewachsen.

Bis zum Jahr 2001 verwendete die Kommission in der deutschen Übersetzung ihrer Mitteilungen den Begriff der »Daseinsvorsorge« und setzte ihn mit gemeinwohlorientierten Dienstleistungen gleich. Sie knüpfte damit an die Definition des deutschen Staatsrechtlers Ernst Forsthoff aus dem Jahr 1938 an, der in der Gemeinwohlorientierung ein wesentliches Charakteristikum der Leistungen der Daseinsvorsorge erkannte. Seit der Vorlage ihres Grünbuchs im Mai 2003 meidet die Kommission jedoch die Bezeichnung »Daseinsvorsorge« und wählt dafür den Begriff »Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DaI)«.<sup>2</sup> Darunter faßt sie »marktbezogene oder nichtmarktbezogene Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden«.<sup>3</sup> Der Begriff

schließt damit zum Beispiel auch soziale und karitative Dienstleistungen mit ein. Anforderungen, die sich aus der Gemeinwohlverpflichtung ergeben, sind der Kommission zufolge die Kontinuität und Versorgungssicherheit, das flächendeckende Angebot, der gleichberechtigte Zugang für alle Bürger, erschwingliche Preise, ein gleichförmiger Qualitätsstandard und die Berücksichtigung sonstiger gesellschaftlicher Ziele. Für die großen netzgebundenen Wirtschaftszweige wurden diese Gemeinwohlverpflichtungen in den Liberalisierungsrichtlinien festgeschrieben, zum Beispiel die Verpflichtung zur wochentäglichen Zustellung von Postlieferungen. Im europäischen Vertragsrecht findet man den Begriff der »Dienstleistungen von allgemeinem Interesse« allerdings nicht; lediglich »Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse« sind in zwei Artikeln des EG-Vertrags (Art. 16 und 86 EG-V) zu finden, ohne daß der Inhalt dieses Begriffes näher definiert würde.

Die Europäische Kommission steht auf dem Standpunkt, daß es angesichts der Dynamik des Marktes, der damit verbundenen ständigen Veränderung der Marktstrukturen und fortlaufenden Neuformulierung der ökonomischen und rechtlichen Bewertungskriterien weder erstrebenswert noch möglich sei, eine einheitliche und umfassende europäische Definition dessen zu entwickeln, was »Dienstleistungen von allgemeinem Interesse« sind. Entsprechend dem Subsidiaritätsprinzip sei es vor allem Sache der zuständigen nationalen, regionalen und örtlichen Behörden, die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu definieren, zu organisieren und zu finanzieren. Die Mitgliedstaaten verfügten somit über einen weiten politischen Gestaltungsspielraum. Aufgabe der Kommission bleibe es allerdings, die Übereinstimmung der mitgliedstaatlichen Einordnung mit den Vorgaben des Gemeinschaftsrechts zu kontrollieren. Die Kommission prüft jedoch lediglich, ob die Definition als Dienstleistung von allgemeinem Interesse mißbräuchlich erfolgt. Im Konfliktfall muß der Europäische Gerichtshof abschließend über die Entscheidung der Mitgliedstaaten und das Ergebnis der Mißbrauchskontrolle der Kommission richten.

Der Grundkonflikt zwischen den Gründerstaaten mit einem starken öffentlichen Sektor und denen, die

<sup>1</sup> Vgl. Rudolf Hrbek/Martin Nettesheim (Hg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge, Baden-Baden 2002, und Helmut Cox (Hg.), Daseinsvorsorge und öffentliche Dienstleistungen in der Europäischen Union, Baden-Baden 2000.

<sup>2</sup> Der EuGH verwendet neuerdings den Begriff der »gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen«.

<sup>3</sup> Europäische Kommission, Bericht für den Europäischen Rat in Laeken: Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001) 598, endg. vom 17.10.2001, S. 24, <[http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/de/com/2001/com2001\\_0598de01.pdf](http://europa.eu.int/eur-lex/lex/LexUriServ/site/de/com/2001/com2001_0598de01.pdf)>.



einen höheren Grad an Marktorientierung anstreben, beherrschte bereits die Verhandlungen zur Schaffung eines Gemeinsamen Marktes 1955 und zum EWG-Vertrag 1957.<sup>4</sup> Einen Kompromiß fand man in der Festbeschreibung der Neutralität der Gemeinschaft gegenüber den Eigentumsordnungen in den Mitgliedstaaten in Artikel 295 EG-V (früher Art. 222 EWG-V), der die Gleichbehandlung von öffentlichen und privaten Unternehmen garantiert,<sup>5</sup> und in der Aufnahme der »Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse« in das europäische Primärrecht.

Die Freistellungsklausel in Artikel 86 EG-V, Absatz 2,<sup>6</sup> für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ist ein Beleg für diese Ambivalenz des europäischen Primärrechts. Grundsätzlich normiert Artikel 86 EG-V allerdings ein Regel-Ausnahme-Verhältnis: Der unverfälschte Wettbewerb und die Wettbewerbskontrolle sind die Regel, der Sonderstatus der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse ist die Ausnahme. Bis in die achtziger Jahre wurde dieser Grundsatzkonflikt nicht virulent. Erst das Binnenmarktprogramm der Gemeinschaft führte schließlich zu einer Öffnung der Märkte der Dienste von allgemeinem Interesse. Im gleichen Maße, in dem sich in Europa Märkte des öffentlichen Dienstleistungssektors für private Unternehmen öffneten, gerieten die nationalstaatlich organisierten öffentlichen Unternehmen unter zunehmenden Wettbewerbsdruck. Diese Entwicklung löste eine intensive politische Diskussion<sup>7</sup>

über eine vertragliche Absicherung der öffentlichen Dienstleistungen aus. Zuletzt hat die Europäische Kommission am 17. Mai 2004 ihr Weißbuch zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vorgelegt.

Mit der Aufnahme des neuen Artikels 16 in den EG-Vertrag wurden schließlich der besondere Stellenwert und die Schutzbedürftigkeit der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewürdigt. Gleichwohl bestimmt auch dieser Artikel keine Ausnahme vom europäischen Beihilfenrecht, denn er gilt »unbeschadet der Artikel 73, 86 und 87«, die die Beihilfenaufsicht regeln.<sup>8</sup> Damit wurde der »dilatorische Kompromiss«<sup>9</sup> der Frühphase der Gemeinschaft fortgeschrieben.

Angeheizt wurde die Debatte über die Rolle der DA in dem europäischen Binnenmarkt und deren Abgrenzung zu anderen Bereichen des Dienstleistungssektors durch Vorschläge im Zuge der Erarbeitung des Europäischen Verfassungsvertrags<sup>10</sup> und durch die Vorlage

ments, anderer Unionsorgane, von Verbänden und Behörden und Urteile des Europäischen Gerichtshofs nach sich, vgl. Europäische Kommission, Mitteilung »Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa«, KOM (96) 443 endg., vom 11.9.1996; Mitteilung »Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa« KOM (2000) 580 endg., vom 20.9.2000; Bericht für den Europäischen Rat in Laeken, Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM (2001) 598 endg., vom 17.10.2001 [wie Fn. 3]; Mitteilung »Methodik der horizontalen Bewertung der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse«, KOM (2002) 331 endg., vom 18.6.2002; Bericht über den Stand der Arbeiten betreffend die Leitlinien für staatliche Beihilfen im Zusammenhang mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, KOM (2002) 636 endg., vom 27.11.2002; Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg., vom 21.5.2003; Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, Bericht über die öffentliche Konsultation zum Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, SEK (2004) 326, vom 15.3.2004; Weißbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2004) 374 endg., vom 12.5.2004.

<sup>8</sup> In einer Erklärung zur Schlussakte des Vertrags von Amsterdam bekräftigen die Staats- und Regierungschefs zusätzlich die »uneingeschränkt[e] Beachtung der Rechtsprechung des Gerichtshofes, u. a. in Bezug auf die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Qualität und der Dauerhaftigkeit der Dienste«. Vgl. auch Wolfgang Weiß, *Europarecht und Privatisierung*, in: Archiv des öffentlichen Rechts, 128 (2003), S. 91–133 (128ff).

<sup>9</sup> Nettesheim, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge [wie Fn. 4], S. 41.

<sup>10</sup> Der Europäische Konvent hatte vorgeschlagen, in Artikel 16 des EG-Vertrags eine Rechtsgrundlage zum Erlass europäischer Gesetze aufzunehmen, um Grundsätze und Bedingungen der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse zu regeln. Dieser Vorschlag wurde von den Mitgliedstaaten in

<sup>4</sup> Vgl. Martin Nettesheim, Mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge im Spannungsfeld zwischen Wettbewerbskonformität und Gemeinwohlverantwortung, in: Hrbek/Nettesheim (Hg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge [wie Fn. 1], S. 39–64, sowie Jens van Scherpenberg, Ordnungspolitische Konflikte im Binnenmarkt, in: Markus Jachtenfuchs/Beate Kohler-Koch (Hg.), Europäische Integration, Opladen 1996, S. 345–372.

<sup>5</sup> Diese Gleichbehandlung gilt gerade auch bei der Anwendung der Wettbewerbs- und Beihilferegeln in Artikel 86 EG-V (zuvor Art. 90 EWG-V).

<sup>6</sup> In Art. 86 Abs. 2 EG-V wird einschränkend festgehalten, daß Unternehmen, »die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben«, den Wettbewerbsregeln des Vertrags unterliegen, »soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert«.

<sup>7</sup> Seit Mitte der neunziger Jahre hat die Europäische Kommission eine lange Reihe von Mitteilungen, Weiß- und Grünbüchern vorgelegt. Diese wiederum zogen unzählige Positionspapiere der Mitgliedstaaten, Beschlüsse des Europäischen Rats sowie Stellungnahmen des Europäischen Parla-

einer Richtlinie zur Öffnung der Dienstleistungsmärkte.<sup>11</sup> Dabei zeichneten sich zwei große Kontroversen ab:

1. Eine ordnungspolitische Kontroverse: Die Diskussion über die ökonomische Bedeutung der DaI im Binnenmarkt wird von der ordnungspolitischen Frage dominiert, wo die Grenze zwischen Markt und wohlfahrtsstaatlichem Sozialmodell zu ziehen ist, welche DaI also den Marktmechanismen unterworfen werden dürfen und welche im Bereich der staatlichen Verantwortung für eine wohlfahrtsstaatliche Grundversorgung als Kern eines europäischen Gesellschafts- und Sozialmodells verbleiben müssen. Zentraler Streitpunkt ist in dieser Debatte die Frage der Anwendung und der Reichweite des europäischen Beihilfenrechts.
2. Eine Kompetenz-Kontroverse: Im Rahmen der innergemeinschaftlichen Diskussion über die Kompetenzverteilung zwischen nationalstaatlicher und europäischer Ebene wird über die Frage der Sicherung nationaler Handlungsspielräume und der weitergehenden Europäisierung öffentlicher Dienstleistungen gestritten. Unbestreitbar greift die Europäische Union – und insbesondere die Europäische Kommission in ihrer Funktion als europäische Wettbewerbs- und Beihilfenaufsicht – immer tiefer in bestehende und traditionell gewachsene Strukturen der öffentlichen Dienstleistungen der Mitgliedstaaten ein. Im Mittelpunkt der Debatte steht die von einigen EU-Partnern geforderte europäische Rahmenrichtlinie, die Grundsätze der Qualität, des Zugangs, der Kontinuität und der Finanzierung der DaI in der Union festlegen soll.

Der Wissenschaftliche Beirat des Bundeswirtschaftsministeriums faßte diese beiden Aspekte der Debatte über die Daseinsvorsorge im europäischen Binnenmarkt treffend zusammen: »Im Kern geht es in dieser Diskussion um den alten Gegensatz von Politik und Markt. Er äußert sich in der Gemeinschaft als Gegen-

satz von staatlicher Souveränität und vorrangiger Geltung des Gemeinschaftsrechts.«<sup>12</sup>

## Die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und das europäische Beihilfenrecht

Im Zuge der Deregulierungs- und Liberalisierungspolitik der achtziger und neunziger Jahre wurden staatliche Monopolbereiche für den marktwirtschaftlichen Wettbewerb geöffnet und damit zugleich Gegenstand einer beihilfenrechtlichen Betrachtung durch die EU-Kommission. Gerade innerhalb des Anwendungsbereichs der Wettbewerbsaufsicht ist eine rechtliche Grauzone entstanden, weil im europäischen Vertragsrecht nur von den Dienstleistungen von allgemeinem *wirtschaftlichen* Interesse gesprochen wird, während es in den Mitgliedstaaten darüber hinaus einen großen Sektor gemeinwohlorientierter nicht-wirtschaftlicher Dienstleistungen gibt, der staatlich gefördert wird. Für die konkrete Anwendung des europäischen Beihilfen- und Wettbewerbsrechts im Bereich der DaI bedeutet dies eine erhöhte Rechtsunsicherheit und verringerte Vorhersehbarkeit. Weil eine europarechtliche Abgrenzung des Begriffs fehlt, dominiert das vertraglich festgeschriebene Ziel des Binnenmarkts und der supranationalen Beihilfen- und Wettbewerbsaufsicht über die besondere Rolle der gemeinwohlorientierten Dienstleistungen.

Bei der Diskussion über das europäische Beihilfenrecht geht es somit vor allem

- ▶ um eine einvernehmliche Definition der Gemeinwohlverpflichtungen und ihre Konformität mit dem europäischen Wettbewerbs- und Beihilfenrecht,
- ▶ um die Erhöhung der Rechtssicherheit bei staatlichen Beihilfen im Bereich der DaI sowie
- ▶ um die Unterscheidung von wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen und somit die Abgrenzung derjenigen Dienstleistungen, die überhaupt der europäischen Beihilfenkontrolle unterliegen, von denen, die vom Gemeinschaftsrecht nicht betroffen sind.

Bei der Einzelfallbetrachtung rückt damit das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Artikels 86 EG-V in den Mittelpunkt der beihilfenrechtlichen Kontrolle. Geprüft wird dabei zunächst, ob das europarechtlich

der Regierungskonferenz durch den Hinweis auf die weiterhin bestehende mitgliedstaatliche Zuständigkeit abgeändert. Auch in der Charta der Grundrechte der EU, die als Teil II in den Verfassungsvertrag aufgenommen wurde, wird in Artikel II-96 EVV das individuelle Recht auf den Zugang zu Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, »wie er durch die einzelstaatlichen Rechtsvorschriften [...] im Einklang mit der Verfassung geregelt ist«, gewährleistet.

<sup>11</sup> Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) 2 endg., vom 25.2.2004.

<sup>12</sup> Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, »Daseinsvorsorge« im europäischen Binnenmarkt, Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats vom 12.1.2002, S. 7.

grundsätzlich bestehende Beihilfeverbot nicht einschlägig ist. Dies kann der Fall sein, wenn

1. die Dienstleistung nicht-wirtschaftlicher Natur oder eine eindeutig hoheitliche staatliche Tätigkeit ist. Darunter zu fassen wären zum Beispiel reine Sozialleistungen, die Justizverwaltung, die Wahrnehmung diplomatischer Beziehungen und das Betreiben staatlicher Bildungseinrichtungen.
2. der grenzüberschreitende Handel nicht berührt wird. Dabei liegt nach der Rechtsprechung des EuGH eine solche Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels allerdings schon dann vor, wenn unmittelbar oder mittelbar, tatsächlich oder potentiell der Binnenmarkt beeinflusst werden könnte. Angesichts der immer engeren Vernetzung von Handels-, Dienstleistungs- und Kapitalströmen wird eine solche Beeinflussung nur noch selten auszuschließen sein.
3. ein Ausnahmetatbestand nach Artikel 73 EG-V (Verkehrspolitik), nach Artikel 87 Absatz 3 EG-V oder eine besondere Gruppenfreistellung vorliegt, die die Dienstleistung von der Anwendung des europäischen Beihilfenrechts freistellt.
4. die staatlichen Zahlungen dem Ausgleich von entstandenen Mehrkosten dienen, und damit ein besonderer öffentlicher Zweck verfolgt wird. Diesen Ausnahmetatbestand hat der EuGH bereits mehrfach bestätigt, so zum Beispiel in seinen Urteilen zu den deutschen Fernseh-Spartenkanälen *Phoenix* und *Kinderkanal* sowie zuletzt zum öffentlichen Personennahverkehr mit dem sogenannten Altmark-Trans-Urteil.

Erst wenn diese Vorbedingungen geprüft wurden und die Kommission zu dem Ergebnis gelangt ist, daß die Dienstleistung weder wirtschaftlicher Natur ist noch den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinflusst, noch durch eine gesonderte Ausnahmeklausel geschützt wird, kontrolliert die Kommission, ob und wieweit eine verbotene staatliche Beihilfe vorliegt. Bei der Prüfung, ob das europäische Binnenmarkt- und Beihilfenrecht bei Dienstleistungen von allgemeinem Interesse eingehalten wurde, legt die Kommission drei europarechtliche Grundsätze<sup>13</sup> an:

1. Nach dem *Neutralitätsgrundsatz* (verankert in Art. 295 EG-Vertrag) ist es gemeinschaftsrechtlich irrelevant, ob Leistungen der Daseinsvorsorge durch öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich organisierte Unternehmen erbracht werden. Entscheidend ist die Marktorientierung einer Dienstleistung.
2. Die Mitgliedstaaten verfügen über eine hohes Maß an *Gestaltungsfreiheit* bei der Definition dessen, was als Dienstleistung von allgemeinem Interesse zu gelten hat. Die Kommission sieht ihren eigenen Part lediglich in der Kontrolle offenkundiger Fehler bei der Nutzung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums.
3. Der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit* schließlich besagt, daß Einschränkungen des Wettbewerbs oder der Binnenmarktfreiheiten nicht über das zur tatsächlichen Erfüllung des Auftrags erforderliche Maß hinausgehen dürfen.

Wenn ein öffentlicher Auftraggeber dem Dienstleistungserbringer besondere Gemeinwohlverpflichtungen vorgibt, wie zum Beispiel die Fortführung auch unrentabler Verbindungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs, dann können diese Mehrkosten mit öffentlichen Mitteln abgegolten werden. Über das Ob und Wie der Finanzierung von DaI mit öffentlichen Mitteln können die Mitgliedstaaten bzw. die nachgeordneten Ebenen relativ frei entscheiden. Die Kommission prüft lediglich, ob ein offensichtlicher Mißbrauch der Definitionsfreiheit durch die Mitgliedstaaten vorliegt, und wacht über das Wieviel des Mehrkostenausgleichs.<sup>14</sup> Dieser darf die Kompensation der tatsächlich entstehenden Mehrkosten durch im öffentlichen Interesse übertragene Verpflichtungen nicht überschreiten.

Damit rückt die Unterscheidung zwischen wirtschaftlicher und nicht-wirtschaftlicher Tätigkeit in den Mittelpunkt der beihilfenrechtlichen Diskussion, da von einer entsprechenden Einordnung abhängt, ob es sich um eine staatliche Beihilfe handelt oder nicht. Bei einer Eingruppierung als wirtschaftliche Tätigkeit wird anschließend der Umfang der Beihilfe geprüft, die als Mehrkostenausgleich erlaubt, aber als Über-

<sup>13</sup> Vgl. Jürgen Schwarze, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), (2001) 11, S. 334–339; Silke Albin, Daseinsvorsorge und EG-Beihilfenrecht, in: Die öffentliche Verwaltung, (2001) 21, S. 890–898, Christian Koenig/Jürgen Kühling, Grundfragen des EG-Beihilfenrechts, in: Neue Juristische Wochenschrift (NJW), (2000) 15, S. 1065–1074, Rüdiger Dohms, Die Vorstellungen der Kommission zur Daseinsvor-

sorge, in: Jürgen Schwarze (Hg.), Daseinsvorsorge im Lichte des Wettbewerbsrechts, Baden-Baden 2001.

<sup>14</sup> Dabei sind sowohl direkte Finanztransfers aus öffentlichen Haushalten, die Gewährung besonderer oder ausschließlicher Rechte oder besonderer steuerlicher Regelungen als auch die Finanzierung über Gebühren oder nach dem Solidarprinzip denkbar.

**Schaubild 1****Aufgabenverteilung zwischen nationaler und europäischer Ebene**

Nationale Ebene (Mitgliedstaaten, Regionen, Kommunen)	Definitionshoheit	Definition, was als Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne von Artikel 86 EG-Vertrag anzusehen ist und auf welche Weise diese Leistungen erbracht werden sollen
	Gemeinwohlbestimmung	Bestimmung der mit einer Dienstleistung im allgemeinen wirtschaftlichen Interesse verbundenen Gemeinwohlanforderungen und Fixierung dieser Anforderungen in einem offenen Ausschreibungsverfahren
	Mehrkostenausgleich	Festlegung der Art und Weise, wie die mit der Übernahme einer gemeinwohlorientierten Dienstleistung entstandenen Mehrkosten durch den Staat kompensiert werden. Voraussetzung ist eine transparente Differenzierung zwischen gemeinwohlorientierter und marktorientierter Dienstleistung
Europäische Ebene	Zuständigkeit	Achtung des besonderen Stellenwerts der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse für die gemeinsamen Werte der Union und für die Förderung ihres sozialen und territorialen Zusammenhalts (Art. 16 EG-Vertrag)
	Beihilfenkontrolle	Kontrolle, ob die von den Mitgliedstaaten zur Aufgabenerfüllung eingesetzten Mittel mit den EG-Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln vereinbar sind (Art. 86 Abs. 3 EG-Vertrag)
	Mehrkostenausgleich	Kontrolle, ob ein Mehrkostenausgleich den durch die Übertragung von Gemeinwohlverpflichtungen entstandenen Kosten entspricht
	Universaldienste	Festlegung der Vorgaben für die Leistungserbringung bei den liberalisierten netzgebundenen Dienstleistungssektoren

komensation verboten sein kann. Die formale Qualifizierung als Beihilfe hat zur Folge, daß die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, der Kommission die Ausgleichszahlungen zuvor anzumelden. Ohne die vorherige Genehmigung der Kommission dürfen sie eine Auszahlung nicht vornehmen. Ein Verstoß gegen diese Notifizierungspflicht wäre rechtswidrig. Bei der Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen folgt die Kommission einer sehr weiten Definition in der Rechtsprechung des EuGH: Danach gilt jede Tätigkeit, die darin besteht, Güter oder Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anzubieten, als wirtschaftliche Tätigkeit und unterliegt damit der Wettbewerbs- und Beihilfenaufsicht.

### **Europäische oder nationale Lösung – die Kompetenzdebatte**

In der Öffnung des Markts der DaI für private Anbieter wird häufig ein Angriff auf das Subsidiaritätsprinzip und den politischen Gestaltungs- und Handlungsspielraum der regionalen und kommunalen Gebietskörperschaften gesehen. Insbesondere die deutschen Länder und Kommunen und ihre Spitzenverbände betrachten die europäische Debatte als Versuch, mit Hilfe europäischer Rechtsetzung und Rechtsprechung zu einer europaweit gültigen Definition der DaI, ihrer Finanzierung und der Kriterien für ihre Evaluierung zu gelangen. Darin erkennen sie einen Angriff auf ihr in Artikel 28 GG verbrieftes Recht auf kommunale Selbst-

verwaltung.<sup>15</sup> Dies nämlich schließt die grundsätzliche Wahl- und Entscheidungsfreiheit ein, eine kommunale Daseinsvorsorgeleistung durch eine eigene Einrichtung zu erbringen oder private Unternehmen zu beauftragen. Die Kehrseite dieser Autonomie der Gebietskörperschaften ist die Verpflichtung, jederzeit für ein ausreichendes Angebot gemeinwohlorientierter Dienstleistungen zu sorgen. Dies bedeute, so die Vertreter der kommunalen Daseinsvorsorge, daß für die öffentliche Hand auch nach der Vergabe an einen günstigeren privaten Anbieter eine grundsätzliche Gewährleistungsverpflichtung für eine Grundversorgung mit DaI bestehenbleibe.<sup>16</sup> Wenn also ein privater Dienstleistungsanbieter in einem Monopolbereich nicht mehr in der Lage oder willens sein sollte, eine Leistung zu erbringen, seien die Kommunen weiterhin zur Grundversorgung verpflichtet. Mit der Abgabe der betrieblichen Tätigkeit gingen ihnen allerdings wirkungsvolle gemeinwohlorientierte Steuerungsmöglichkeiten umwelt- und sozialpolitischer Art (z. B. im Bereich der Abfallentsorgung oder der Wasserwirtschaft) verloren, und zudem wandere das fachtechnische Wissen von den öffentlichen zu den privaten Unternehmen ab.

Auf der anderen Seite argumentieren die Befürworter einer europäischen Lösung, daß mit der Aufnahme von Artikel 16 in den EG-Vertrag bereits eine besondere Verantwortung für das Funktionieren der DaI auf die Gemeinschaft übertragen worden sei. Darüber hinaus könne nur mit der Festlegung »eines allgemeinen Rahmens zur Bestimmung des Platzes und der Rolle der gemeinwirtschaftlichen Dienste innerhalb der Europäischen Union«<sup>17</sup> sichergestellt werden, daß zwischen den Marktmechanismen des Binnenmarkts und der Anwendung des Wettbewerbsrechts einerseits und den gemeinwirtschaftlichen Diensten andererseits ein Gleichgewicht geschaffen werde, das den sozialen und territorialen Zusammenhalt der Union fördert. Die Definition der DaI soll dabei Aufgabe der

Mitgliedstaaten bleiben. Sie könnten demzufolge den Dienstleistungserbringern ausschließliche und besondere Rechte gewähren, die für die Erfüllung der Dienstleistungen erforderlich sind.

<sup>15</sup> Der Europäische Verfassungsvertrag enthält in Artikel I-5 erstmals ein Bekenntnis zur Achtung der regionalen und kommunalen Selbstverwaltung. Es bleibt jedoch abzuwarten, ob die inhaltliche Ausgestaltung dieses Grundsatzes, die im Streitfall durch die Rechtsprechung des EuGH erfolgen muß, dem Verständnis des deutschen Verfassungsrechts entsprechen wird.

<sup>16</sup> Vgl. *Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände*, Stellungnahme zum Grünbuch der EU-Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, Köln 27.8.2003.

<sup>17</sup> *Rat der Europäischen Union*, Memorandum Frankreichs zu den gemeinwirtschaftlichen Diensten, Dok. 12029/01 vom 20.09.2001, S. 2.

## Die Dienstleistungsmärkte zwischen Ordnungspolitik und Europäischem Sozialmodell

Der internationale Dienstleistungsmarkt expandiert spätestens seit Anfang der achtziger Jahre und wächst seither überproportional im Verhältnis zum Warenhandel. Nach den Statistiken der Welthandelsorganisation (WTO) beträgt sein Anteil inzwischen rund 20 Prozent des Welthandels. Für den globalen Dienstleistungshandel des Jahres 2003 errechnete die WTO ein Volumen von 1763 Milliarden US-Dollar und eine Steigerungsrate von 12 Prozent gegenüber dem Vorjahr. Allein in den OECD-Staaten generiert der Dienstleistungsmarkt fast 70 Prozent des Bruttoinlandsprodukts (BIP) und beschäftigt über 60 Prozent der Erwerbstätigen. In ihrem jüngsten »Investment Report 2004« konstatierte die UN-Konferenz für Handel und Entwicklung (UNCTAD) eine deutliche Verschiebung der ausländischen Direktinvestitionen von den materiellen Gütern zum Dienstleistungssektor. Das Potential der internationalen Verflechtung der Dienstleistungsmärkte sei allerdings noch nicht ausgeschöpft.

Ebenso wie der globale entwickelt sich auch der europäische Dienstleistungssektor seit Jahrzehnten dynamischer als die übrigen Wirtschaftssektoren. Die EU ist weltweit der größte Importeur und Exporteur von Dienstleistungen.<sup>18</sup> Das Potential ist bedeutend, allerdings scheint es auch in der EU noch nicht voll ausgeschöpft. Im letzten Jahr waren in der EU-25 mehr als 120 Millionen Menschen oder rund 62 Prozent aller Beschäftigten im Dienstleistungssektor beschäftigt.<sup>19</sup> Für die Bundesrepublik wird ebenfalls ein starker Trend zur »Tertiärisierung der Wirtschaft« konstatiert, der sich sowohl in der Zahl der Beschäftigten

als auch im Anteil der Dienstleistungen am BIP manifestiert.<sup>20</sup> Auch der besondere Bereich der DaI hat einen beträchtlichen Anteil an der europäischen Wirtschaftsleistung: In der EU-15 waren Ende 1998 rund 6,1 Millionen Menschen in Unternehmen mit mehrheitlich öffentlicher Beteiligung beschäftigt. Das sind rund 7 Prozent aller Arbeitnehmer im Bereich der europäischen nicht-landwirtschaftlichen marktbestimmten Wirtschaft. Ihr Anteil am europäischen BIP belief sich auf circa 8 Prozent.<sup>21</sup>

Bereits im Juli 2002 hatte die Kommission in einem Bericht über den »Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen«<sup>22</sup> die noch bestehenden Schranken in diesem Wirtschaftssektor aufgelistet und mit einer ersten Erhebung der damit verbundenen negativen ökonomischen Folgen verknüpft.<sup>23</sup> Um den Binnenmarkt auch für den grenzüberschreitenden Dienstleistungshandel zu öffnen, legte die Kommission schließlich

<sup>20</sup> Demnach lag im Jahr 2003 der Anteil der Erwerbstätigen im Dienstleistungsbereich ebenso wie der Anteil der Dienstleistungen an der Bruttowertschöpfung bei rund 70%, vgl. Statistisches Bundesamt, Datenreport 2004, Bonn 2004. Unter dem Oberbegriff »tertiärer Sektor« werden in der Statistik des Statistischen Bundesamts folgende Dienstleistungsbranchen subsumiert: Handel und Gastgewerbe, Verkehr und Nachrichtenübermittlung, Kredit- und Versicherungsgewerbe, Grundstücks- und Wohnungswesen, Gebietskörperschaften und Sozialversicherung, Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen, Erziehung und Unterricht, sonstige öffentliche und persönliche Dienstleistungen.

<sup>21</sup> Vgl. *European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest (CEEPE)*, Die Entwicklung der öffentlichen Unternehmen und der Unternehmen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse in Europa seit 1996. Ihr wirtschaftlicher Einfluss in der Europäischen Union, Brüssel 2000, S. 7.

<sup>22</sup> *Europäische Kommission*, Der Stand des Binnenmarkts für Dienstleistungen. Bericht im Rahmen der ersten Stufe der Binnenmarktstrategie für den Dienstleistungssektor, KOM (2002) 441 endg., vom 30.7.2002.

<sup>23</sup> Nach den Berechnungen der Kommission betrug der Produktivitätszuwachs der Dienstleistungsunternehmen in der EU zwischen 1996 und 2000 lediglich 0,6% gegenüber einem Zuwachs von 1,5% in den USA. Dies sei auf die Fragmentierung der Märkte und den mangelnden Wettbewerb in der EU zurückzuführen, vgl. *Europäische Kommission*, Bericht über die Umsetzung der Binnenmarktstrategie (2003–2006), KOM (2004) 22 endg., vom 22.1.2004, S. 10/11.

<sup>18</sup> Insgesamt entfallen, so die EU-Kommission, gut 70% des EU-BIP auf den Dienstleistungssektor. Unternehmensbezogene Dienstleistungen (wissensintensive Dienstleistungen wie Beratung, oder Werbung und operative Dienstleistungen wie Handel, Finanzdienstleistungen, Netz- und Sicherheitsdienste) bilden dabei den größten Wirtschaftssektor in der Union, vgl. *Europäische Kommission*, Die Wettbewerbsfähigkeit von unternehmensbezogenen Dienstleistungen und ihr Beitrag zur Leistungsfähigkeit europäischer Unternehmen, KOM (2003) 747 endg., vom 4.12.2003.

<sup>19</sup> August Götzfried, Der Anstieg der europäischen Beschäftigung im Dienstleistungssektor und insbesondere bei wissensintensiven Dienstleistungen, in: *Eurostat*, Statistik kurz gefasst, (2004) 10, <[www.eds-destatis.de/de/downloads/sif/ns\\_04\\_10.pdf](http://www.eds-destatis.de/de/downloads/sif/ns_04_10.pdf)>.

den Entwurf für eine Rahmenrichtlinie zur Liberalisierung des Dienstleistungssektors vor, mit der sie das erfolgreiche Programm für die Freiheit des Waren- und Dienstleistungsverkehrs im Binnenmarkt auf den Dienstleistungssektor übertragen will.<sup>24</sup> Der Vorschlag schließt bis auf wenige Ausnahmen alle Dienstleistungen ein, also zum Beispiel auch Ärzte- und Pflegedienste, und erfaßt damit potentiell auch Dienstleistungen von allgemeinem Interesse. Ausdrücklich ausgenommen sind lediglich Leistungen, die mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden sind, unentgeltliche soziale, kulturelle und karitative Dienstleistungen und jene Bereiche, die bereits durch andere spezielle Gemeinschaftsrechtsakte geregelt werden, wie zum Beispiel die großen netzgebundenen Dienste Post, Elektrizität und Gas, Finanzdienstleistungen und bestimmte Telekommunikationsdienste.<sup>25</sup> Die nahezu universelle Geltung der Richtlinie führt zu schwierigen Abgrenzungsproblemen und ist die Ursache für die zum Teil heftige Ablehnung des Entwurfs. Die Kritiker werfen der Kommission vor, die Richtlinie sei ein erster Schritt zur Ökonomisierung weiterer Bereiche der DdL. Gewerkschaften, Wohlfahrtsverbände, Regionen und Kommunen, aber auch einige Regierungen beanstanden den weiten Bereich, auf den die Richtlinie Anwendung finden soll, insbesondere die Einbeziehung der Sozial- und Gesundheitsdienste. Allerdings wird eine vollständige und unbefristete Ausklammerung von Sozial- und Pflegediensten, von privat-öffentlichen Partnerschaften im Gesundheitsbereich, eine Sonderbehandlung von privaten Bildungseinrichtungen oder die Öffnung des staatlichen Lotteriemonopols mit dem vorliegenden Richtlinienentwurf der Kommission kaum möglich sein.<sup>26</sup> Gerade in diesen Bereichen zeichnen sich dynamisch wachsende und lukrative Dienstleistungsmärkte ab, in die private Anbieter vordringen wollen. Auf dem Feld der gemeinwohlorientierten Dienstleistungen wächst somit das Spannungspotential zwischen dem in Arti-

kel 4 Absatz 1 EG-Vertrag verankerten europapolitischen Grundsatz einer »offenen Marktwirtschaft mit freiem Wettbewerb« und der staatlichen Verpflichtung zur Gewährleistung einer Grundversorgung der Bürgerinnen und Bürger mit gemeinwohlorientierten Gütern.

## Die ordnungspolitische Debatte

Die Befürworter weiterer Marktöffnungen sehen in der Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse deutliche ökonomische Vorteile. Sie lehnen den besonderen Status der Daseinsvorsorge ab und bezeichnen ihn als »Deckmantel«, unter dem der Staat seine wirtschaftlichen Aktivitäten vor dem marktwirtschaftlichen Wettbewerb schützen will.<sup>27</sup> Privaten Unternehmen blieben auf diese Weise dynamische Wachstumsmärkte verschlossen, und die Verbraucher kämen nicht in den Genuß der Vorteile eines freien Wettbewerbs zwischen verschiedenen Anbietern. Dagegen sehen die Kritiker der Marktöffnung bewährte Institutionen, Strukturen und Gemeinwohlbelange gefährdet. Sie verteidigen die regulativen Eingriffe des Staates in den Bereich der DdL und berufen sich dabei auf die Theoreme der »kollektiven« und »meritorischen Güter«.<sup>28</sup> Die Übertragung der Gemeinwohlorientierung auf eine bestimmte Dienstleistung, das heißt die Zuordnung der meritorischen Komponente zu einem wirtschaftlichen Gut, erfolgt aufgrund einer politischen Entscheidung – zumeist in der demokratisch legitimierten Form eines Gesetzes oder einer Verordnung.

Hintergrund dieser Debatte ist die grundsätzliche Frage nach der Rolle und Funktion der DdL in einem durchaus akzeptierten marktorientierten Umfeld, den

<sup>24</sup> Jedoch ist das von der Kommission auf den Dienstleistungssektor übertragene »Herkunftslandprinzip« sowohl im Europäischen Parlament als auch im Europäischen Rat höchst umstritten.

<sup>25</sup> Zeitliche Übergangsfristen schlägt die Kommission für die Durchführung von Geldtransporten, Gewinnspielen, Lotterien und Wettbüros vor.

<sup>26</sup> Die aktuelle Diskussion über die Dienstleistungsrichtlinie hat sich zunehmend von der Frage entfernt, welche Dienstleistungen als wirtschaftliche und welche als nicht-wirtschaftliche anzusehen seien, und dreht sich zunehmend um die Anwendung des Herkunftslandprinzips und die Gefahr des Lohndumpings.

<sup>27</sup> Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI), Deckmantel Daseinsvorsorge. Vorfahrt für die Privatwirtschaft – Vorteil für die Verbraucher, Berlin, Dezember, 2001; Barbara Böttcher, Daseinsvorsorge – Alibi für staatliche Wirtschaftstätigkeit?, in: EU-Monitor (Deutsche Bank Research), (September 2003) 6, S. 3–16.

<sup>28</sup> Als »meritorische Güter« bezeichnet man Leistungen (z.B. Bildung, Gesundheit und Kultur), die als verdienst- und wertvoll für die Gesellschaft betrachtet werden, die aber nicht im gleichen Umfang »produziert« würden, wenn sie dem Gesetz von Angebot und Nachfrage ausgesetzt wären. Unter »kollektiven Gütern« werden Güter verstanden, von deren Nutzung niemand ausgeschlossen werden kann. Man unterscheidet zwischen reinen (z.B. Landesverteidigung, Umweltschutz, Rechtsprechung) und unreinen Kollektivgütern (z.B. Verkehr, Wasser, Medien, Energie).

Erfordernissen des Marktes und der Rolle des Staates. Aus ordnungspolitischer Sicht kommt es mit der Klassifizierung einer bestimmten Form der Dienstleistung als gemeinwohlorientiert und der damit verbundenen Garantie eines Marktmonopols und/oder einer staatlichen Beihilfe zwangsläufig zu Ineffizienzen durch fehlenden Marktdruck bzw. zur Externalisierung von Kosten. Die Verfechter einer Liberalisierung verweisen darauf, daß die Marktöffnung bei den großen netzgebundenen Dienstleistungen, zum Beispiel bei den Telekommunikations- und Energiemärkten, zu günstigeren Angeboten und Konditionen für die Verbraucher geführt habe, und zwar im Hinblick sowohl auf das Preisniveau als auch die Qualität der Dienstleistungen.<sup>29</sup>

Insbesondere die Wirtschaftsverbände argumentieren deshalb, daß Eingriffe des Staates in den Markt und seine Steuerungsmechanismen grundsätzlich zu erhöhten volkswirtschaftlichen Kosten und einer Beeinträchtigung der gesamtwirtschaftlichen Dynamik und Effizienz führen. Auch im Fall natürlicher Monopole sei die Einführung von Wettbewerbselementen denkbar.<sup>30</sup> Wenn es auch nicht sinnvoll sei, den Wettbewerb *in* einem solchen Segment zu fördern, so ließe sich doch durch Ausschreibung oder Versteigerung zeitlich befristeter Konzessionen ein Wettbewerb *um* den Markt institutionalisieren. Mit der Auswahl des günstigsten Anbieters könnten die effizienz-, innovations- und qualitätssteigernden Mechanismen des freien Marktes für den Bereich der Daseinsvorsorge genutzt werden.<sup>31</sup>

Mit der Öffnung neuer Märkte für das wettbewerbsorientierte Konzept des europäischen Binnenmarkts wird sich die Rolle des Staates in einem stärker markt-

orientierten Umfeld weiter verändern. Der Wohlfahrts- und Dienstleistungsstaat wird sich mehr und mehr zu einem Gewährleistungsstaat entwickeln, der zwar garantiert, daß weiterhin die als öffentliche Aufgaben angesehenen Dienstleistungen angeboten werden, aber nicht mehr selbst für ihre Bereitstellung sorgt. Mit dem Rückzug des Staates und der Etablierung neuer Dienstleistungsunternehmen wird der Markt an die Stelle der staatlichen Leistungsverwaltung treten. Dies muß nicht zwangsläufig zu einer umfassenden Deregulierung und Reduzierung der staatlichen Aufgaben führen, sondern wird im Gegenteil eine Re-Regulierung zur Folge haben, die sich in einer verstärkten staatlichen Beaufsichtigung der liberalisierten Märkte ausdrücken wird. Die öffentliche Verwaltung muß sich also von einer Angebotsverwaltung zu einer regulierenden und kontrollierenden Verwaltung wandeln. Ihre Aufgabe wird es sein, sowohl den Zugang verschiedener Anbieter *zu den Märkten* als auch deren Tätigkeit *in den Märkten* zu regulieren. Bei den großen netzgebundenen Universaldiensten geht es dabei zum Beispiel um den gleichberechtigten Zugang verschiedener Anbieter zu den vorhandenen Netzen. Es müssen Netzzugangskosten und Nutzungsentgelte kalkuliert und festgelegt sowie anschließend häufig auch die Endpreise für die Verbraucher kontrolliert werden, um die marktbeherrschende Position eines Anbieters zu regulieren. In den Mitgliedstaaten der Union wurden für diese Form der Marktregulierung unterschiedliche Konzepte entwickelt, bei denen meist eine nationale Regulierungsinstanz im Mittelpunkt steht. Sie zieht mit Hilfe eines *benchmarking*-Verfahrens Vergleichspreise oder besonders effiziente Unternehmensstrukturen zur Preisregulierung heran. Das setzt einerseits eine hohe Kostentransparenz aller Marktteilnehmer voraus und erfordert andererseits eine ausgeprägte Marktkennntnis auf Seiten der Regulierungsinstanz.

Darüber hinaus kann zugleich mit der Erbringung einer Dienstleistung von allgemeinem Interesse auch eine vorab definierte gemeinwohlorientierte Aufgabe verbunden werden. Die Kontrolle, ob diese Verpflichtungen in Bezug auf Qualität, Quantität und Preis eingehalten werden, ist dann die Aufgabe der Regulierungsbehörde oder der ausschreibenden Gebietskörperschaft. Voraussetzung dafür sind eine vorherige Definition der jeweiligen Verpflichtung und die eindeutige Bestimmung möglicher öffentlicher Ausgleichsleistungen.

<sup>29</sup> Bei den netzgebundenen Dienstleistungen bemüht sich die Kommission auch um eine Klärung, ob die Regulierung auf nationaler oder europäischer Ebene effizienter ist. Sie läßt erkennen, daß sie eine verbesserte europäische Regulierung für notwendig erachtet.

<sup>30</sup> Von »natürlichen Monopolen« spricht man immer dann, wenn ein Anbieter in der Lage ist, die Nachfrage allein kostengünstiger zu bedienen als unter dem Druck von Wettbewerbern, die z.B. erst hohe Markteintrittskosten finanzieren müßten. Bei den netzgebundenen Versorgungsdiensten kann es aufgrund der besonderen Produktionsstrukturen bei Monopolanbietern zu signifikanten Größenvorteilen und damit Effizienzgewinnen kommen. Damit wird eine ineffiziente Verdoppelung der teuren Infrastruktur vermieden.

<sup>31</sup> Vgl. Böttcher, Daseinsvorsorge [wie Fn. 27]. Weiter geht der BDI, der in seiner Broschüre »Deckmantel Daseinsvorsorge« [wie Fn. 27] apodiktisch erklärt: »Der BDI ist der Auffassung, dass die wirtschaftliche Betätigung der öffentlichen Hand schon im Grundsatz unzulässig ist.« (S. 15/16.)



## Die sozialpolitische Flankierung des Binnenmarkts – das Europäische Sozialmodell

Bereits in ihrem Binnenmarktprogramm hatte die Delors-Kommission zum Ausgleich für die Liberalisierung der Marktkräfte eine gemeinschaftliche Sozialpolitik formuliert. Obwohl das Schlagwort vom »Europäischen Gesellschafts- und Sozialmodell« seither in den Mitteilungen der EU-Kommission extensiv verwendet wird, läßt sich nicht leicht sagen, was damit genau gemeint ist. Immerhin lassen sich einige europaweite Charakteristika<sup>32</sup> der Sozialpolitik nennen, die kennzeichnend für das Modell zu sein scheinen:

- ▶ die Gewährleistung eines hohen Niveaus der sozialen Sicherung und der sozialen Gerechtigkeit,
- ▶ die Überzeugung, daß soziale Gerechtigkeit und sozialer Ausgleich auch zu ökonomischer Stabilität und Wachstum beitragen,
- ▶ die Regulierung des Arbeitsmarkts und
- ▶ die Einbindung der Sozialpartner in den politischen Entscheidungsprozeß.

Doch unterhalb dieser generellen Gemeinsamkeiten dominieren die Unterschiede zwischen den nationalstaatlichen Ansätzen in der Sozialpolitik.<sup>33</sup> Von einem homogenen Europäischen Sozialmodell oder einem einheitlichen Verständnis, was unter einem solchen Modell zu verstehen ist, kann man deshalb nicht sprechen. Im Gegensatz zur rechtlich bindenden Selbstverpflichtung der EU auf das Ziel des Binnenmarkts und ein System, das den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarkts vor Verfälschungen schützt, haben die allgemeinen sozialpolitischen Maßnahmen der Union bis heute lediglich unterstützenden und ergänzenden Charakter.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Vgl. Anton Hemerijck, *The Self-transformation of the European Social Model(s)*, in: *Internationale Politik und Gesellschaft*, (2002) 4, S. 39–66.

<sup>33</sup> Unterschieden werden zumeist drei Modelle: das skandinavische Wohlfahrtsstaatsmodell, der kontinentaleuropäische Typus des Sozialstaats und der angelsächsische Typus; mitunter wird als vierter Typus noch der nachholende südeuropäische Wohlfahrtsstaat genannt, vgl. hierzu Gösta Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge 1990; Fritz W. Scharpf, *The Viability of Advanced Welfare States in the International Economy: Vulnerabilities and Options*, in: *Journal of European Public Policy*, 7 (2000) 2, S. 190–228, und Daniel Wincott, *The Idea of the European Social Model: Limits and Paradoxes of Europeanization*, in: Kevin Featherstone/Claudio M. Radaelli (Hg.), *The Politics of Europeanization*, Oxford 2003, S. 279–302.

<sup>34</sup> Die »Sozialvorschriften« des EG-Vertrags verlangen ausdrücklich keine Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten (Art. 137 Abs. 2 EG-V)

Erst mit der »Sozialklausel« des Artikels III-117 des Europäischen Verfassungsvertrags wird – ohne daß der Begriff selbst dort verwendet würde – eine inhaltliche Ausgestaltung des Europäischen Gesellschafts- und Sozialmodells versucht. Darin verpflichtet sich die Union, bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politiken und Maßnahmen »den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes, der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes« Rechnung zu tragen.<sup>35</sup> Diese Ziele können künftig als maßgebliche Elemente des Europäischen Gesellschafts- und Sozialmodells interpretiert werden.

Das »Europäische Gesellschafts- und Sozialmodell« ist dennoch ein vorrangig normatives Integrationsziel, sozusagen ein politisches Postulat, und kein bestehender und in sich konsistenter politischer Handlungsrahmen. Die DaI, von der Kommission als »Kern des europäischen Gesellschaftsmodells«<sup>36</sup> bezeichnet, sollen dem liberalisierten Binnenmarkt eine stärker »sozialstaatliche Tönung«<sup>37</sup> verleihen und die Werte der Solidarität und des sozialen und territorialen Zusammenhalts in der Union und zwischen den Bürgern fördern.<sup>38</sup>

und sollen der Vielfalt der einzelstaatlichen Gepflogenheiten und der Wettbewerbsfähigkeit der Wirtschaft Rechnung tragen (Art. 136 EG-V). Die Befugnisse der Mitgliedstaaten, die Grundprinzipien ihrer Systeme der sozialen Sicherheit selbst festzulegen, bleiben unberührt, und zugleich darf das finanzielle Gleichgewicht dieser nationalen Systeme nicht durch europäische Regelungen beeinträchtigt werden (Art. 137 Abs. 4 EG-V).

<sup>35</sup> Zudem ist die europäische Sozialpolitik gemäß Artikel I-14 EVV ein Bereich der zwischen der Union und den Mitgliedstaaten »geteilten Zuständigkeit«.

<sup>36</sup> So die *Europäische Kommission* in ihrer Mitteilung »Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa«, KOM (96) 443 endg., vom 11.9.1996, S. 1. In ihrem Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM (2003) 270 endg., vom 21.5.2003, S. 3, heißt es zu den DaI: »Als unverzichtbarer Bestandteil des europäischen Gesellschaftsmodells gehören sie zu den Werten, die allen europäischen Gesellschaften gemeinsam sind.«

<sup>37</sup> Jörn Axel Kämmerer, *Daseinsvorsorge als Gemeinschaftsziel oder: Europas »soziales Gewissen«*, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 21 (2002) 9, S. 1041–1046 (1041).

<sup>38</sup> So die Formulierung, die Louis Michel und Pascale Andreatie in dem an den Europäischen Konvent gerichteten französisch-belgischen Beitrag »Dienste von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse« (CONV 498/63 vom 21.1.2003) gewählt haben. In den Schlußfolgerungen des Europäischen Rats von Cannes vom 26./27.6.1996, Ziffer A.I.1.7, gibt es bereits eine ähnliche Formulierung. Und auch in Artikel 36 der Europäi-

Die Grenze zwischen gemeinwohlorientierter Daseinsvorsorge, die von der öffentlichen Hand vorgehalten werden muß, und DaI, die unter den Bedingungen eines liberalisierten Marktes von privaten Versorgern angeboten werden, verläuft jedoch in den europäischen Wohlfahrtsstaaten sehr unterschiedlich. Jenseits einer sehr allgemeinen Übereinkunft über die Grundlagen der DaI – die Sicherung der Versorgung, der flächendeckenden Verfügbarkeit, einer angemessenen Preisgestaltung und einer hohen Qualität – gibt es in den Mitgliedstaaten weiterhin sehr unterschiedliche nationale Konzeptionen und Traditionen, was unter den Dienstleistungen der Daseinsvorsorge, des *service public* oder dem *public sector* zu verstehen ist.

schen Grundrechtecharta, nunmehr Artikel II-96 des Europäischen Verfassungsvertrags, findet sich ein Verweis auf die Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts der Union.

## Die Positionen der wichtigsten Akteure

Schon seit Gründung der EWG steht die Frage der richtigen Balance zwischen den Belangen des Wettbewerbs und des Gemeinwohls auf der europäischen Tagesordnung. Diese Balance soll so flexibel gestaltet sein, daß sie sich den ständig wandelnden ökonomischen, sozialen und ökologischen Rahmenbedingungen anpaßt und zugleich dem europäischen Wettbewerbs- und Beihilfenrecht entspricht. Sowohl die Kommission als auch der Europäische Gerichtshof haben sich in der täglichen Praxis der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbs- und Binnenmarktregeln kontinuierlich und anhand vieler Einzelfälle mit dem Spannungsverhältnis von mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge und europäischem Wettbewerbs- und Binnenmarktrecht befaßt. Dabei sind beide Organe gleichermaßen treibende Kraft wie Getriebene. Getriebene deshalb, weil die Kommission als Wettbewerbsbehörde und der Gerichtshof als letztlich im Einzelfall entscheidende Instanz immer häufiger bei Konflikten auf Märkten oder um Märkte von konkurrierenden Anbietern angerufen werden.<sup>39</sup> Treibende Kraft, weil zumindest die Kommission als »Motor der Marktöffnung«<sup>40</sup> zugleich einen aktiven ordnungspolitischen Ansatz auf der Basis des Gemeinschaftsrechts verfolgt.

### Die Auffassungen der Mitgliedstaaten von den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse

#### Deutschland

Nach deutschem Staats- und Verwaltungsrecht werden unter Leistungen der Daseinsvorsorge wirtschafts-,

gesellschafts-, sozial- oder kulturpolitische Leistungen verstanden, die mit staatlichen Mitteln erbracht werden. Die staatliche Daseinsvorsorge erfaßt somit Aufgaben, an deren Erfüllung ein besonderes allgemeines Interesse besteht, und deckt sich damit in weiten Teilen mit der öffentlichen Leistungsverwaltung. Zu den gemeinwohlorientierten Dienstleistungen zählen in Deutschland die Versorgung mit Energie und Wasser, die Entsorgung der Abwässer und des Abfalls, die Unterhaltung eines öffentlichen Personennahverkehrs, die Post- und Telekommunikationsdienstleistungen, die öffentlich-rechtlichen Medien, besondere Finanz- und Versicherungsdienstleistungen, die Bereitstellung eines grundlegenden Schul- und Bildungssystems, zahlreiche soziale und karitative Dienste und die Erfüllung fundamentaler staatlicher Aufgaben wie die Pflege eines Polizei- und Justizwesens und die Gewährleistung der äußeren und inneren Sicherheit. Ein weiteres Charakteristikum dieser gemeinwohlorientierten Dienstleistungen ist die Garantie des freien Zugangs zu ihnen in allen Regionen und zu erschwinglichen Preisen. Seit Ende des 19. Jahrhunderts wird die konkrete Ausgestaltung der gemeinwohlorientierten Dienstleistungen in Deutschland den kommunalen Gebietskörperschaften überlassen. In den Gemeindeordnungen wurde das Recht zur Gründung von kommunalen Einrichtungen verankert, die die genannten Dienstleistungen erbringen sollten, und damit die rechtlichen Voraussetzungen geschaffen für die Kommunalwirtschaft, die auch heute noch kennzeichnend für das deutsche System der gemeinwohlorientierten Dienstleistungen ist.<sup>41</sup>

<sup>39</sup> Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung den Bereich öffentlicher Unternehmen im Binnenmarkt schon vielfach berührt, z.B. mit Urteilen zur Überwachung des Luftraums, zur Zwangsmitgliedschaft in sozialen Sicherungssystemen und zur engen Auslegung der Freistellungsklausel des Artikels 86 Absatz 2 EG-V in Fällen von Fährverbindungen, Lufttransportleistungen, der Grundversorgung von Post- und Telefondiensten sowie Arbeitsvermittlungsleistungen. Die Kommission hat in ihrer Funktion als Wettbewerbsbehörde Entscheidungen insbesondere zu Beihilfen bzw. zum Mehrkostenausgleich an öffentliche Unternehmen getroffen.

<sup>40</sup> Böttcher, Daseinsvorsorge [wie Fn. 27], S. 11.

<sup>41</sup> Vgl. Gerold Ambrosius, Die historische Entwicklung der öffentlichen Daseinsvorsorge in Deutschland unter aktueller europäischer Perspektive, in: Hrbek/Nettesheim (Hg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge [wie Fn. 1], S. 15–31, und Günter Püttner, Das grundlegende Konzept der Daseinsvorsorge. Kommunale Daseinsvorsorge – Begriff, Geschichte, Inhalte, ebd., S. 32–38.

## Frankreich

Das französische Konzept des »service public«<sup>42</sup> ist sehr weitreichend. Der Begriff wird häufig synonym für öffentliche Dienste und öffentliche Unternehmen im Sinne eines »service de l'administration publique« verwendet<sup>43</sup>. Er hat hauptsächlich drei Bedeutungen:

1. die Aufgabe, das politisch definierte Gemeinwohl zu befriedigen und zu sichern;
2. die Mittel zur Erfüllung der Aufgabe (durch Übertragung von Sonderrechten und -pflichten) und
3. die staatliche Steuerung zur Gewährleistung der öffentlichen Dienste.

Das Konzept des *service public* ist also sehr umfassend. Er soll soziale Kohäsion, Solidarität, Universalität, Kontinuität und Anpassungsfähigkeit durch staatliche Maßnahmen sichern. Als Kern des französischen Gesellschaftsmodells der Nachkriegszeit verkörpert der *service public* »ein Stück Nationalstolz und französisches *savoir vivre*«. <sup>44</sup> In der französischen Tradition sind öffentliche Dienstleistungen insofern Elemente der demokratischen Ordnung. <sup>45</sup> Es entspricht diesem Verständnis, daß die staatliche Verantwortung für das Angebot von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nur an private Anbieter delegiert und diesen nicht übertragen werden kann. Die Zuständigkeit für eine Dienstleistung verbleibt beim Staat, der sie lediglich durch private Konzessionäre erbringen läßt. Die europäische Liberalisierungspolitik und die Anstrengungen der Europäischen Kommission zur Öffnung der staatlichen Mono- oder Oligopole haben in Frankreich zwangsläufig zu Befürchtungen geführt, daß damit eine Säule der politischen Ordnung und der französischen Identität in Frage gestellt würde. Die französische Regierung hat deshalb bereits zu Beginn der neunziger Jahre Gegeninitiativen ergriffen, die auf den Schutz des öffentlichen Sektors zielten. <sup>46</sup> Der in den Vertrag von

Amsterdam 1996 eingefügte neue Artikel 16 des EG-Vertrags zum Beispiel ist das Ergebnis des französischen Insistierens auf einer Veränderung des europäischen Primärrechts.

Die Bundesregierung hatte sich damals aus wettbewerbs- und ordnungspolitischen Gründen strikt gegen eine Änderung des Beihilfenartikels ausgesprochen und sich auch gegen eine von der Europäischen Kommission vorgeschlagene Ergänzung des Artikels 3 EG-Vertrag gewandt, mit der die besondere Bedeutung der Daseinsvorsorge unter den Zielen der Union anerkannt werden sollte. Sie befürchtete, daß damit ein neuer Fördertatbestand zur Finanzierung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse aus dem EU-Haushalt eröffnet werden könnte. Auch die aktuelle deutsche Position in dieser Frage ist von Skepsis beherrscht, wie die »Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland zum Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse« zeigt, in der die Bundesregierung im Einklang mit den Ländern eine horizontale europäische Rahmenrichtlinie für den gesamten Bereich der DaI explizit abgelehnt. <sup>47</sup>

Nach wie vor steuert die französische Europapolitik darauf hin, die Anwendung der Wettbewerbsregelungen des EG-Vertrags für die öffentlichen Dienstleistungsunternehmen des *service public* einzuschränken und den Schutz uneingeschränkt als Ziel der EU im europäischen Primärrecht zu verankern. In einem »Memorandum Frankreichs zu den gemeinwirtschaftlichen Diensten«<sup>48</sup> hatte die französische Regierung bereits im September 2001 die Eckpunkte eines europäischen Rechtsrahmens definiert und ihre Vorstellungen zu den Grundsätzen und Zielen der DaI, zur Abgrenzung der Zuständigkeiten und Pflichten, zu den Kriterien der Evaluierung und zur Reichweite der EU-Wettbewerbskontrolle dargelegt. Die Mitgliedstaaten sollten selbst definieren können, welche Unternehmen sie mit dem Auftrag betrauen und welche ausschließlichen Rechte und Beihilfen sie ihnen für

<sup>42</sup> Hierzu unter anderem Johann-Christian Pielow, Frankreich – Service Public, in: Hrbek/Nettesheim (Hg.), Europäische Union und mitgliedstaatliche Daseinsvorsorge [wie Fn. 1], S. 155–173, und Martin Bullinger, Französischer service public und deutsche Daseinsvorsorge, in: Juristenzeitung, 58 (2003) 12, S. 597–604.

<sup>43</sup> Vgl. René Chapus, Droit administratif général, Paris 1993.

<sup>44</sup> Pielow, Frankreich – Service Public [wie Fn. 42], S. 155.

<sup>45</sup> Martin Bullinger illustriert diese Funktion des *service public* anhand eines Berichts des Conseil d'Etat aus dem Jahr 2002, in dem betont wird, daß die Postzustellung durch einen staatlichen Briefträger die demokratische Ordnung dokumentiere.

<sup>46</sup> Bereits 1992 hatte der französische Ministerrat eine »Charte Européenne des Services Publics« angeregt. Vgl. auch

Adrienne Héritier, Market Integration and Social Cohesion: The Politics of Public Services in European Integration, in: Journal of European Public Policy, (2001) 5, S. 825–852.

<sup>47</sup> Stellungnahme der Bundesrepublik Deutschland zum Grünbuch zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse der Europäischen Kommission KOM(2003) 270, vom 15.9.2003, <[http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/docs/public\\_authorities/deutschl.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest/docs/public_authorities/deutschl.pdf)>.

<sup>48</sup> Rat der Europäischen Union, Memorandum Frankreichs zu den gemeinwirtschaftlichen Diensten, Brüssel, 20.9.2001, Dok. 12029/01, <<http://register.consilium.eu.int/pdf/de/01/st12/12029d1.pdf>>.

die Erbringung der gemeinwohlorientierten Dienstleistung gewähren. Dabei sollten sie allerdings die Prinzipien der Transparenz, der Verhältnismäßigkeit und der Beteiligung der Sozialpartner beachten.

## Großbritannien

Im Unterschied zum deutschen und französischen Modell gründet sich das britische Konzept der *services of general interest* auf die Überzeugung, daß der Markt selbst und folglich private Anbieter die Gewährleistung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse regeln können. Dieses britische Verständnis eines liberalisierten Marktes der DaI basiert auf drei Prinzipien<sup>49</sup>:

1. Die Rolle des Staates soll sich auf die Aufsicht und die wettbewerbsfördernde Regulierung des Marktes beschränken.
2. Diese marktregulierende Funktion des Staates soll möglichst dezentral und marktnah ausgeübt werden.
3. Der Markt soll so flexibel reguliert werden, daß sowohl die Dienstleistungsanbieter als auch die Abnehmer auf sich verändernde Bedingungen reagieren können.

Dazu wurden im Zuge der Liberalisierungspolitik in den achtziger Jahren in Großbritannien verstärkt unabhängige Regulierungsbehörden gebildet, die selbstständig und politisch unabhängig einzelne Marktsektoren beaufsichtigen.

## Die Europäische Kommission als Motor der Marköffnung

Mit der Vorlage des lange angekündigten Weißbuchs zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse am 12. Mai 2004 hat die Europäische Kommission einen intensiven europaweiten Konsultationsprozeß vorläufig abgeschlossen, den sie mit der Präsentation ihres Grünbuchs am 21. Mai 2003<sup>50</sup> eingeleitet hatte.

<sup>49</sup> Vgl. die britische Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission vom 18.9.2003, <[http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/docs/public\\_authorities/repres\\_uk.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest/docs/public_authorities/repres_uk.pdf)>.

<sup>50</sup> Europäische Kommission, Weißbuch zu Dienstleistungen [wie Fn. 7]; dies., Grünbuch zu Dienstleistungen [wie Fn. 7]. Im Anschluß an den rund sechsmonatigen Konsultationsprozeß hatte die Kommission Ende März 2004 einen zusammenfassenden Bericht vorgelegt, vgl. Europäische Kommission, Arbeits-

Zentraler Punkt sowohl des Grün- wie des Weißbuchs ist die vom Europäischen Parlament (EP) im November 2001 erhobene Forderung, die gemeinschaftlichen Grundsätze, auf denen die Daseinsvorsorgeleistungen beruhen, in einer Rahmenrichtlinie festzulegen.<sup>51</sup>

Obwohl die Kommission den besonderen Stellenwert der DaI für Unternehmen und Verbraucher ebenso anerkennt wie die politische Bedeutung der Daseinsvorsorge für die demokratischen Systeme und das Europäische Gesellschafts- und Sozialmodell, sind ihre Vorbehalte gegenüber einer horizontalen Regelung in Form einer europäischen Rahmenrichtlinie für alle DaI bereits deutlich sichtbar geworden. Sie neigt zu der Überzeugung, daß eine sektorübergreifende Regelung den spezifische Besonderheiten einzelner Marktsegmente nicht gerecht werden könne und folglich sehr allgemein bleiben müsse. Deshalb müsse auch eine Rahmenrichtlinie durch sektorale Regelungen ergänzt und präzisiert werden. Dies aber werde zu neuen rechtlichen Abgrenzungsproblemen zwischen allgemeiner und spezifischer Regelung führen und folglich der angestrebten Berechenbarkeit und Rechtssicherheit nur entgegenwirken. Die Kommission steht insbesondere einer abstrakten Abgrenzung der wirtschaftlichen von den nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse kritisch gegenüber und will an ihrer Entscheidungshoheit im Einzelfall festhalten. Eine solche Abgrenzung sei nur im Zuge von Einzelfallentscheidungen evolutiv und dynamisch vorzunehmen, zumal oftmals in beiden Bereichen dieselben Anbieter tätig seien.

Die Kommission verpflichtete sich allerdings dazu, dafür zu sorgen, daß »die Europäische Union weiterhin einen konstruktiven Beitrag zur weiteren Ausgestaltung der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse als Bestandteil des europäischen Modells leistet und dabei die vielfältigen Traditionen, Strukturen und Gegebenheiten der Mitgliedstaaten gewahrt bleiben«.<sup>52</sup> Sie trug damit der Änderung von Artikel 16 EG-V durch Artikel III-122 des Europäischen Verfas-

dokument der Kommissionsdienststellen, Bericht über die öffentliche Konsultation zum Grünbuch [wie Fn. 7].

<sup>51</sup> Der öffentliche Konsultationsprozeß sollte dazu dienen, die Machbarkeit und den möglichen Nutzen, die Ziele und den Geltungsbereich einer europäischen Rahmenrichtlinie zu erörtern und die Aufgaben- bzw. Zuständigkeitsverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten, das heißt insbesondere die Organisation, Finanzierung und Evaluierung der DaI, zu diskutieren.

<sup>52</sup> Europäische Kommission, Weißbuch zu Dienstleistungen [wie Fn. 7], S. 6/7.

sungsvertrags Rechnung, der eine neue, allerdings bedingte Rechtsgrundlage schaffen würde.<sup>53</sup>

Zur weiteren Klärung der beihilfenrechtlichen Fragen legte die Kommission nach Veröffentlichung des Altmark-Trans-Urteils des EuGH drei Vorschläge vor, die sie noch in diesem Jahr verabschieden will.<sup>54</sup> Ziel der Vorschläge ist eine Erhöhung der Rechtssicherheit bei öffentlichen Beihilfen für DaI.<sup>55</sup> Dieses sogenannte »Monti-Paket« vom Februar 2004 soll den Mitgliedstaaten eine klare und unmißverständliche Handreichung für die Umsetzung der vier Altmark-Kriterien liefern, die der Gerichtshof festgesetzt hat. So will die Kommission die Voraussetzung der Notifizierungspflicht der Mitgliedstaaten weiter eingrenzen.<sup>56</sup> Mit dem Vorstoß zur Änderung der bereits be-

stehenden Transparenzrichtlinie will sie ergänzend sicherstellen, daß künftig alle Unternehmen, die öffentliche Gelder erhalten, eine nach Geschäftsbereichen getrennte Buchführung etablieren. Nur mit einer solchen separaten Buchführung werde es möglich, die für eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse entstehenden Kosten nachzuvollziehen und zu prüfen, ob die gewährte Ausgleichszahlung korrekt berechnet worden ist.

Mit der Vorlage des Weißbuchs hat der Prozeß der Neubestimmung der DaI im europäischen Binnenmarkt nur eine Zwischenetappe erreicht. Die Kommission hat angekündigt, im Jahr 2005 einen weiteren Bericht zur Lage der DaI in der EU vorzulegen. Sie präsentierte darüber hinaus einen detaillierten Zeit- und Maßnahmenplan ihrer weiteren Aktivitäten in dem gesamten Feld der öffentlichen Dienstleistungen. Demnach plant sie in den nächsten zwei Jahren folgende Initiativen:

- ▶ Die Kommission will prüfen, ob ein europäisches Gesetz für DaI nach Inkrafttreten des Europäischen Verfassungsvertrags realisierbar und überhaupt notwendig ist.
- ▶ Mit der Vorlage eines Grünbuchs zu Fragen des öffentlichen Beschaffungswesens bei öffentlich-privaten Partnerschaften<sup>57</sup> hat die Kommission einen Konsultationsprozeß über die gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen bei der Vergabe öffent-

allerdings nicht umfassend, sondern auch in der Höhe begrenzt – gelten, soweit in den sektorspezifischen EG-Rechtsvorschriften nichts anderes geregelt ist. Eine Freistellung von der Vorabnotifizierungspflicht wird für Krankenhäuser, Sozialwohnungen und den Seeverkehr ermöglicht. Zugleich soll ein Schwellenwert bzw. eine Geringfügigkeitsgrenze eingeführt werden, deren Unterschreitung ebenfalls von der Notifizierungspflicht befreit. Die Kommission denkt an einen Betrag von 50 Mio. Euro bei den Unternehmensumsätzen und 15 Mio. Euro für die Ausgleichszahlungen. Der veränderte *Gemeinschaftsrahmen* soll auf alle übrigen Fälle von Ausgleichszahlungen angewandt werden, also auf solche Zahlungen, die nach dem EuGH-Urteil eine Beihilfe darstellen und nicht von der Notifizierung freigestellt werden können. Von diesem Gemeinschaftsrahmen sollen nur der Verkehrssektor und der öffentlich-rechtliche Rundfunk ausgenommen werden.

<sup>57</sup> *Europäische Kommission*, Grünbuch zu öffentlich-privaten Partnerschaften und den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften für öffentliche Aufträge und Konzessionen, KOM (2004) 327 endg., vom 30.4.2004. In dem Grünbuch wird das Problem der Anwendung des Gemeinschaftsrechts bei der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen an öffentlich-private Partnerschaften (ÖPP) erörtert. Das Grünbuch versucht die Reichweite der Gemeinschaftsregeln abzustekken, die bei der Auswahl des privaten Partners zu beachten sind.

<sup>53</sup> Der Artikel des Verfassungsvertrags lautet: »Unbeschadet der Artikel I-5, III-166, III-167 und III-238 und in Anbetracht des von allen in der Union anerkannten Stellenwerts der Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse sowie ihrer Bedeutung bei der Förderung des sozialen und territorialen Zusammenhalts tragen die Union und ihre Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer jeweiligen Zuständigkeiten im Anwendungsbereich der Verfassung dafür Sorge, dass die Grundsätze und Bedingungen, insbesondere jene wirtschaftlicher und finanzieller Art, für das Funktionieren dieser Dienste so gestaltet sind, dass diese ihren Aufgaben nachkommen können. Diese Grundsätze und Bedingungen werden durch Europäisches Gesetz unbeschadet der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten festgelegt, diese Dienste im Einklang mit der Verfassung zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu finanzieren.«

<sup>54</sup> *Europäische Kommission*, Entwurf einer Entscheidung über die Anwendung von Artikel 86 EG-Vertrag auf staatliche Beihilfen, die bestimmten Unternehmen als Ausgleich für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse gewährt werden, Brüssel, 17.2.2004; *dies.*, Gemeinschaftsrahmen für staatliche Beihilfen, die als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen gewährt werden, 17.2.2004; *dies.*, Entwurf zur Änderung der Richtlinie 80/723/EWG über die Transparenz der finanziellen Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten und den öffentlichen Unternehmen, 17.2.2004.

<sup>55</sup> Die Kommission hatte diese Vorschläge bereits in ihrer Erklärung für den Europäischen Rat von Laeken im Dezember 2001 angekündigt, mit der Veröffentlichung aber bis zur grundlegenden Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs gewartet.

<sup>56</sup> Dazu bedient sich die Kommission dreier Instrumente: In der *Entscheidung* der Kommission über die Anwendung von Artikel 86 EG-V, die gegenüber den Mitgliedstaaten eine unmittelbare Rechtswirkung entfaltet, benennt sie die Voraussetzungen, deren Einhaltung dazu führt, daß Ausgleichszahlungen mit dem gemeinsamen Markt vereinbar und von der Anmeldepflicht des Artikels 88 EG-Vertrag freigestellt werden. Die *Gruppenfreistellungsentscheidung* soll für alle Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse –

licher Aufträge und Konzessionen an öffentlich-private Partnerschaften eingeleitet. Ein Bericht über diesen Konsultationsprozeß und weitergehende Vorschläge für eine Änderung der rechtlichen Grundlage zum öffentlichen Beschaffungswesen stehen noch aus.

- ▶ Die Kommission hat eine Mitteilung über Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen von allgemeinem Interesse angekündigt, die Vorschläge zur Verbesserung der gesundheitspolitischen Zusammenarbeit in der Union und zur Modernisierung dieses Dienstleistungssektors enthalten wird.
- ▶ Bis Juli 2005 will die Kommission auf der Grundlage des Monti-Pakets die beihilfenrechtlichen Fragen lösen, die bei der Gewährung einer staatlichen Ausgleichszahlung für zuvor auferlegte Gemeinwohlverpflichtungen anfallen.
- ▶ Darüber hinaus stehen in den nächsten zwei Jahren mehrere Überprüfungen und Mitteilungen zu einzelnen Sektoren an, zum Beispiel zum Telekommunikationsmarkt, zu den Energiemärkten für Gas und Elektrizität, zum Medienbereich und zu den Postdiensten.
- ▶ Weitere Maßnahmen sind für den Wassersektor und den öffentlichen Personennahverkehr vorgesehen.

Damit sieht das Arbeitsprogramm der Kommission neben einer umfassenden Bestandsaufnahme der Erfahrungen, die in den bereits liberalisierten Universaldiensten gesammelt wurden, auch die Prüfung weiterer Schritte zur Öffnung neuer Bereiche des Dienstleistungsmarkts vor. Gerade mit ihrer Initiative im Bereich der öffentlich-privaten Partnerschaften versucht die Kommission eine Anwendungslücke ihrer Wettbewerbs- und Beihilfekontrolle zu schließen. Das Grünbuch soll eine Diskussion über die Anwendung des Gemeinschaftsrechts auf alle öffentlichen Aufträge und Konzessionen an öffentlich-private Partnerschaften anstoßen. Derzeit wird die Auswahl von Konzessionären durch öffentliche Vergabestellen zumeist von Fall zu Fall entschieden. Eine spezifische Regelung für diese in den letzten Jahren immer häufiger genutzte Form der Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen fehlt im europäischen Recht derzeit noch. Die Kommission fordert deshalb eine gesetzliche Bestimmung zur Konzessionsvergabe und zur Auswahl privater Partner.<sup>58</sup>

<sup>58</sup> Sowohl das Europäische Parlament als auch der Wirtschafts- und Sozialausschuss haben bereits eine solche gesetzliche Regelung befürwortet.

Die Kommission fungiert damit als Motor der (Binnenmarkt-)Integration, ohne allerdings den Grundsatzkonflikt zwischen Gemeinwohlinteressen und Marktmechanismen abschließend lösen zu können. Unter diesem Blickwinkel erscheint sie wiederum als Getriebene der funktionalistischen Integrationslogik.

## Die Rolle des Europäischen Parlaments

Das Europäische Parlament hat sich wiederholt explizit für eine rechtliche Regelung der DaI und für seine Beteiligung im Rahmen des Mitentscheidungsverfahrens ausgesprochen, um im Zuge der Gesetzgebung dann als gleichberechtigter Akteur eingebunden zu werden. Auf diese Weise könnte das Parlament in dem Prozeß der Modernisierung der gemeinwohlorientierten Dienstleistungen seinen Einfluß und sein Mitspracherecht in dem wichtigen Bereich der sozial-, gesellschafts- und beschäftigungspolitischen Flankierung deutlich steigern.

In der jüngsten Stellungnahme des Parlaments und auch in der Diskussion im Plenum sind zuletzt allerdings kleine Positionsveränderungen in dieser Frage festzustellen. In seiner Entschließung zum »Herzog-Bericht« vom 14. Januar 2004 sah das EP von einer ausdrücklichen Forderung nach einer Rahmenrichtlinie ab und forderte lediglich die »Schaffung eines Rechtsrahmens nach dem Mitentscheidungsverfahren und unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsgrundsatzes, wenn die Binnenmarkt- und Wettbewerbsvorschriften umgesetzt sind«.<sup>59</sup> Damit fand das Parlament eine interpretationsoffene Formulierung in der Diskussion über eine europäische Rahmenrichtlinie und ebnete zugleich den Weg für eine pragmatische Lösung bei den schwierigen Fragen des Wettbewerbs- und Beihilfenrechts. Die Spaltung des EP in dieser Angelegenheit wurde nicht nur bei der Debatte und der Abstimmung über den »Herzog-Bericht« deutlich, sondern auch in einer Aussprache im Februar 2004 über das »Monti-Paket« der Kommission. Während ein Teil der

<sup>59</sup> *Europäisches Parlament*, Entschließung des Europäischen Parlaments zu dem Grünbuch der Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, P5\_TA(2004)0018 vom 14.1.2004. Darin betont das EP auch, »dass eine Richtlinie keine einheitliche europäische Definition von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse festlegen kann, da deren Definition und Aufbau auch weiterhin in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und deren verfassungsmäßige Untergliederungen fallen müssen« (ebd., S. 6/7).

Abgeordneten in dem Paket eine pragmatische Antwort auf die Forderung nach mehr Rechtssicherheit und Subsidiarität im Bereich der beihilfenrechtlichen Prüfung erblickte, kritisierten es andere als Mißachtung des Parlaments und Verstoß gegen das Subsidiaritätsprinzip. Schließlich verabschiedete das nach den Wahlen im Juni 2004 neu zusammengesetzte Parlament im Februar 2005 eine Stellungnahme zum »Monti-Paket«, <sup>60</sup> in dem der pragmatische Ansatz der Kommission unterstützt wird.

## Die Rolle des Europäischen Gerichtshofs

Dem EuGH kommt in dem Spannungsverhältnis von mitgliedstaatlicher Daseinsvorsorge und europäischem Wettbewerbs- und Binnenmarktrecht eine entscheidende funktionale Rolle zu. Denn durch die einzelfallbezogene Klärung beihilfenrechtlicher Problemfälle interpretiert der Gerichtshof richterrechtlich die schwierigen Abgrenzungsfragen zwischen Dienstleistungen von allgemeinem und solchen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse. Der EuGH hat so in ständiger Rechtsprechung eine sehr weite Definition des Unternehmensbegriffs<sup>61</sup> entwickelt und lediglich einzelne meritorische Güter explizit als nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten definiert und damit von der Anwendung der Wettbewerbsregeln ausgenommen. Dazu zählen die Ausübung von Befugnissen der öffentlichen Gewalt (Überwachung des Luftraums) und die Systeme der sozialen Grundversicherung, die mit einer Zwangsmitgliedschaft verbunden sind (gesetzliche Krankenversicherung).

Die Frage, wie DaI finanziert werden, ist für die Bewertung nach dem gemeinschaftlichen Beihilfenrecht nur insoweit von Bedeutung, als die Höhe der staatlichen Mittel wie erwähnt nicht über den Ausgleich für die Erbringung einer gemeinwohlorientierten Dienstleistung hinausgehen darf. Hier besteht im Einzelfall häufig ein gerichtlicher Prüf- und Festsetzungsbedarf durch den EuGH. Zuletzt und sehr grundlegend hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 24. Juli 2003 im Fall *Altmark Trans GmbH* (Rechtssache C-280/00) entschieden, daß Ausgleichszahlungen, die nur die Gegenleistung für auferlegte gemeinwirtschaftliche

Pflichten bilden, nicht die Merkmale einer staatlichen Beihilfe aufweisen.<sup>62</sup> Mit diesem Urteil präziserte der EuGH den Beihilfiebegriff des Artikels 87 Absatz 1 EG-V und folgte seiner jüngeren Rechtsprechung, für die die *Ferring*-Entscheidung aus dem November 2001 (Rechtssache C-53/00 vom 22.11.2001) das erste Beispiel bildet. Diese neuere Rechtsprechung, der von manchen die Bedeutung einer »kopernikanischen Wende«<sup>63</sup> zugeschrieben worden ist, schränkt die Beihilfenaufsicht der Kommission deutlich ein. Der ungewöhnliche Verlauf des Verfahrens, das nach dem Schlußantrag des Generalanwalts Léger mit einer Anhörung der Mitgliedstaaten und der Kommission nochmals aufgenommen worden war, deutet darauf hin, daß es Meinungsverschiedenheiten innerhalb des Gerichtshofs gegeben hat.

Der EuGH nannte vier Voraussetzungen, die vorliegen müssen, damit eine staatliche Ausgleichszahlung als nicht-notifizierungspflichtige Beihilfe qualifiziert werden kann:

1. Das begünstigte Unternehmen muß tatsächlich mit der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung betraut sein und diese Verpflichtung muß klar definiert sein.
2. Die Parameter zur Berechnung des Ausgleichs müssen zuvor objektiv und transparent aufgestellt worden sein, damit ein nachträglicher Verlustausgleich ausscheidet.
3. Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten zur Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns aus der Erfüllung dieser Verpflichtungen ganz oder teilweise zu decken.

<sup>62</sup> Mit diesem Urteil folgte der EuGH nicht der Auffassung des Generalanwalts Léger, der in zwei Schlußanträgen zu dem Ergebnis kam, daß solche Ausgleichszahlungen grundsätzlich als Beihilfen im Sinne von Artikel 87 Absatz 1 EG-V anzusehen seien, im Einzelfall aber gerechtfertigt sein könnten. Eine solche formale Einordnung als Beihilfe hätte zur Folge gehabt, daß alle Ausgleichszahlungen bei der Kommission notifiziert werden müßten.

<sup>63</sup> Jörn Axel Kämmerer, *Strategien der Daseinsvorsorge. Dienste im allgemeinem Interesse nach der »Altmark«-Entscheidung des EuGH*, in: *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht*, 23 (2004) 1, S. 28–34 (31). In seinem Urteil zur portugiesischen Fernsehanstalt RTP (Rechtssache T-6/97) vom 10. Mai 2000 hatte das Gericht erster Instanz noch festgestellt, daß staatliche Ausgleichszahlungen, auch wenn sie die tatsächlichen Kosten des staatlichen Versorgungsauftrages nicht übersteigen, gemäß Artikel 87 Absatz 1 EG-V eine staatliche Beihilfe darstellen.

<sup>60</sup> *Europäisches Parlament*, Bericht über staatliche Beihilfen als Ausgleich für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen, A6-0034/2005 vom 9.2.1005.

<sup>61</sup> Danach ist jede Einheit, die eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübt, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Tätigkeit ein Unternehmen im Sinne des EG-Vertrags.



4. Erfolgt die Auswahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen betraut wurde, nicht im Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens, so ist für die Ermittlung der Höhe des erforderlichen Ausgleichs als Vergleichsmaßstab ein durchschnittliches, gut geführtes Unternehmen heranzuziehen.

Sollte eine dieser Voraussetzungen nicht erfüllt sein, handelt es sich bei der staatlichen Ausgleichsleistung um eine Beihilfe, die bei der Kommission angemeldet werden muß. Zur verbotenen Beihilfe wird eine staatliche Finanzierung erst, wenn die Vergünstigungen eine Überkompensation der durch die Erfüllung der Gemeinwohlverpflichtungen verursachten Mehrkosten darstellen. Mit diesem Urteil verpflichtet der Gerichtshof die öffentliche Hand zugleich, bei der Ausschreibung öffentlicher Dienstleistungen bereits im Vorfeld den Umfang und den Wert einer gemeinwohlorientierten Dienstleistung zu definieren und zu beziffern. Dies könnte in der Praxis zu einem erhöhten Kostenbewußtsein der Verwaltung führen; es könnte aber auch, weil die Erfüllung der Bestimmung tiefergreifende markt- und betriebswirtschaftliche Kenntnisse erfordert, einen erhöhten Bedarf zur Regulierung und Beaufsichtigung der Tätigkeit und Aufgabenerfüllung im Markt zur Folge haben.

## Die kontroverse Diskussion über eine Europäische Rahmenrichtlinie

Als Instrument, das für einen Ausgleich zwischen den Marktmechanismen und dem Leitbild eines europäischen Sozial- und Gesellschaftsmodells sorgen soll, wird häufig eine horizontale Regelung in Form einer EU-Rahmenrichtlinie für DaI gefordert. Die Befürworter einer solchen Richtlinie verbinden damit das Ziel, die fundamentale Frage nach der Grenzziehung zwischen Markt und Staat nicht der funktionalen Logik der Integrationsdynamik im Binnenmarkt und den Mechanismen der Marktkräfte zu überlassen, sondern in einem politischen Diskussions- und Legislativprozeß zu definieren. Die Gegner einer solchen europäischen Definition sehen darin eine zu weitgehende Einflußnahme auf die nationalen Modelle und Traditionen.

Das Kernelement der geforderten horizontalen Regelung müßte eine eindeutige und objektivierbare Unterscheidung zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sein, um nicht-markt- und -gewinnorien-

tierte Dienstleistungsanbieter<sup>64</sup> wie zum Beispiel Kulturträger oder Wohlfahrtsverbände vor den Rationalitäten des Marktes und der Kontrolle durch europäisches Wettbewerbsrecht zu schützen. Dies würde eine Freistellung ganzer Dienstleistungsbereiche von der Wettbewerbs- und Beihilfenaufsicht durch die Europäische Kommission bedeuten, die zugleich verbunden wäre mit einer gemeinschaftlichen Vereinbarung darüber, welche Inhalte und Funktionen mindestens vorliegen müssen, damit von gemeinwohlorientierten Dienstleistungen gesprochen werden kann.

Die Kommission versuchte mit der Vorlage ihres Grün- und Weißbuchs diese Debatte über eine europäische Rechtsgrundlage durch die Einbindung aller Mitgliedstaaten und Interessengruppen zu steuern und um ordnungspolitische Aspekte zu ergänzen. Während sich die Mehrzahl der Mitgliedstaaten gegenüber einer Rahmenrichtlinie skeptisch zeigte, befürworteten insbesondere die französische und die belgische Regierung, die SPE-Fraktion im EP und Vertreter der Gewerkschaften und zivilgesellschaftlicher Organisationen eine solche europäische Regelung. Ziel der Anhänger eines gemeinschaftlichen Vorgehens ist es, durch die Verabschiedung einer Rahmenrichtlinie allgemeine Kriterien und Standards für die Erstellung, die Finanzierung, die Regulierung und die Evaluierung von DaI festzuschreiben. Insbesondere bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen sei eine europäische Richtlinie notwendig, um aufseiten der staatlichen Stellen, der Dienstleistungsunternehmen und der Verbraucher die Rechtssicherheit zu erhöhen.<sup>65</sup>

<sup>64</sup> Als Kriterien werden unter anderem die Gewinnerzielungsabsicht eines Anbieters bzw. der Bereitstellungszweck einer Dienstleistung (gewerblich oder nicht-gewerblich), die Höhe der Investitionen und der Anteil öffentlicher Mittel sowie der Beitrag einer Dienstleistung zur Sicherung sozialer Rechte genannt.

<sup>65</sup> Siehe zu Struktur und Inhalten einer europäischen Rahmenrichtlinie unter anderem das Positionspapier der SPE-Fraktion, Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa. Antworten auf das Grünbuch der Europäischen Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, vorgelegt von MdEP Bernhard Rapkay, Brüssel, 6.10.2003, das Memorandum der französischen Behörden zum Grünbuch der Kommission, Notes des Autorités françaises, vom 2.10.2003, <[http://europa.eu.int/comm/secretariat\\_general/services\\_general\\_interest/docs/public\\_authorities/pic.pdf](http://europa.eu.int/comm/secretariat_general/services_general_interest/docs/public_authorities/pic.pdf)>, sowie den Bericht der Europa-Ausschusses der *Assemblée Nationale*, Rapport d'information déposé par la délégation de l'assemblée nationale pour l'Union Européenne sur le Livre vert de la Commission sur les services d'intérêt général, présenté par Christian Philipp, vom 9. Juli 2003.

**Schaubild 2**

**Positionen ausgewählter Mitgliedstaaten und Organe der Europäischen Union zu den Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (gemäß ihrer Stellungnahme zum Grünbuch der EU-Kommission vom 21.05.2003)**

<i>Ordnungspolitische Debatte</i> <i>Kompetenzdebatte</i>	Wettbewerbsorientierung	Orientierung am europäischen Sozialmodell
Nationale Regelung	Irland, Großbritannien, Finnland, Dänemark, Niederlande	Deutschland, Österreich, Portugal Ausschuss der Regionen (AdR)
Europäische Regelung	Europäische Kommission Europäisches Parlament (2005) Italien, Schweden	Europäisches Parlament (2001) Wirtschafts- und Sozialausschuss (WSA) Frankreich, Belgien

Zwar sollten die Definition, die konkrete Ausgestaltung, Organisation und Finanzierung der DaI weiterhin Sache der Mitgliedstaaten und ihrer Untergliederungen bleiben, aber gleichzeitig sei es die Aufgabe der Gemeinschaft, dafür zu sorgen, daß jeder Bürger Zugang zu hochwertigen DaI habe und die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten in diesem dynamischen Wirtschaftszweig gefördert werde.

Diese Elemente einer europäischen Rahmenrichtlinie entsprechen mit ihrer Betonung der staatlichen Verantwortung für universelle Dienstleistungen eher dem französischen Verständnis des *service public* als dem stärker marktorientierten britischen Ansatz oder der deutsch-österreichischen Variante, die der lokalen Ebene die Regelungszuständigkeit, die Verantwortung und die Entscheidung über Form und Umfang des öffentlichen Dienstleistungsangebots zuweist. Wird die Regelung Realität, so würden darüber hinaus die Grundlagen der bisherigen Beihilfenkontrolle der Kommission und die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofs in Frage gestellt, denn für beide Organe spielte die Gewinnerzielungsabsicht eines Unternehmens oder die Unternehmensform bislang keine Rolle für die Einordnung einer Dienstleistung als wirtschaftlich oder nicht-wirtschaftlich. Vorrangiges Ziel einer Rahmenrichtlinie wäre also die weitgehende Ausklammerung bestimmter Marktsegmente des staatlichen Dienstleistungsangebots aus der gemeinschaftsrechtlichen Beihilfen- und Wettbewerbskontrolle. Allerdings ist auch denkbar, daß die Rahmenrichtlinie eine ordnungspolitische Ausrichtung erhält. In diesem Fall könnte eine europäische Regelung zu einer Absicherung der Marktorientierung des Gemeinschaftsrechts und der Kontrollfunktion der Kommission genutzt werden und somit anders, als gegenwärtig von den

Befürwortern beabsichtigt, nicht zu einer Ausklammerung des öffentlichen Dienstleistungssektors von der beihilfenrechtlichen Kontrolle durch die Kommission führen, sondern umgekehrt zu einer ausdrücklichen und möglicherweise über das gegenwärtige Maß hinausgehenden europäischen Kontrolle national, regional oder lokal definierter DaI.<sup>66</sup>

Mit dem Verzicht auf die Vorlage einer Rahmenrichtlinie hat die Kommission einstweilen auf die überwiegend skeptischen Stimmen im Ministerrat Rücksicht genommen. Hätte sich die Kommission klar für die Präsentation einer solchen Richtlinie ausgesprochen, wäre dies vermutlich im Rat überwiegend auf Ablehnung gestoßen. Die Kommission hält sich gleichwohl die Möglichkeit offen, die Initiative zur Einführung einer Rahmenrichtlinie später zu ergreifen. Damit bleibt diese Frage auf der europäischen Tagesordnung.

<sup>66</sup> So auch *Kämmerer*, Strategien der Daseinsvorsorge [wie Fn. 63], S. 34, der eine Festlegung der Daseinsvorsorgeleistungen in einem nicht abschließenden und nicht verbindlichen Katalog vorschlägt.

## Fallstudie: Der europäische Wassermarkt vor der Liberalisierung

Nach den großen Privatisierungs- und Liberalisierungsprozessen, die seit Mitte der neunziger Jahre die Bereiche Energie-, Telekommunikations-, Bahn- und Postdienstleistungen erfaßt haben, ist nun auch der Wassermarkt stärker in den Blickpunkt möglicher Marktöffnungen gerückt. Die Wasserwirtschaft ist ein klassischer netzgebundener Dienstleistungssektor, der lange Zeit gegen die Mechanismen des Wettbewerbs geschützt und von Monopolstrukturen gekennzeichnet war. Inzwischen unterliegt die Branche europaweit einem enormen strukturellen Wandel, der einerseits von den Möglichkeiten, neue internationale Märkte zu erschließen, und andererseits von internen ökonomischen und fiskalischen Zwängen bestimmt wird.

Die globalen Entwicklungsziele der Vereinten Nationen sehen vor, daß bis zum Jahr 2015 mehr als 1,5 Milliarden Menschen einen Zugang zu sauberem Wasser erhalten und 2 Milliarden ein angemessenes Abwassersystem nutzen können. Schätzungen gehen davon aus, daß der Wasserverbrauch in den nächsten 30 Jahren weltweit um 50 Prozent zunehmen und der jährliche globale Investitionsbedarf in die Wasserver- und die Abwasserentsorgung bis zu 180 Milliarden US-Dollar betragen wird.<sup>67</sup> Allein in Deutschland werden derzeit jährlich rund 2 Milliarden Euro in die Wasserinfrastruktur investiert, und für die nächsten Jahre wird von einem Investitionsvolumen zwischen 5 und 7,5 Milliarden Euro pro Jahr ausgegangen.<sup>68</sup> In Frankreich und England wird für die Sanierung der Rohrleitungssysteme ein Investitionsbedarf von insgesamt rund 55 Milliarden Euro errechnet. Einigkeit besteht in der Folgerung, daß dieser enorme weltweite Erneuerungs- und Finanzierungsbedarf nicht ohne privates Kapital und das Know-how privater Wasseranbieter zu leisten sein wird.<sup>69</sup> Die Stellung des priva-

ten Sektors auf dem internationalen Wassermarkt wird sich demzufolge weiter verstärken, zumal der Privatisierungsgrad bereits innerhalb der letzten 15 Jahre signifikant zugenommen hat. Der Umsatz privater Unternehmen wird nach Schätzungen des größten deutschen Anbieters RWE von 90 Milliarden Euro im Jahr 1999 auf 430 Milliarden Euro im Jahr 2010 ansteigen.<sup>70</sup>

### Der Wassermarkt zwischen Markt und Gemeinwohl – die ordnungspolitische Diskussion

Der Wassermarkt ist von den herkömmlichen netzgebundenen Universaldiensten grundsätzlich zu unterscheiden. So wird im Gegensatz zum Telekommunikationsmarkt der Pro-Kopf-Verbrauch von Wasser nicht gefördert, sondern aus umweltpolitischen Gründen gesenkt, und auch künftig soll der Verbrauch des Handelsgutes Wasser zumindest in Europa nicht zunehmen.<sup>71</sup> Somit werden die erhofften Auswirkungen des Wettbewerbs in einem privatisierten Wassermarkt, insbesondere Preissenkungen und Qualitätsverbesserungen, nicht über eine Umsatzsteigerung zu erzielen sein. Allgemein wird mit einem Fixkostenanteil von etwa 80 Prozent der Kosten der Trinkwasserversorgung gerechnet, unabhängig von der gelieferten Menge.

Gas- und Wasserwirtschaft (BGW) rund 2,44 Mrd. Euro.

<sup>70</sup> Vgl. *Deutscher Bundestag*, Schlussbericht der Enquete-Kommission »Globalisierung der Weltwirtschaft – Herausforderungen und Antworten«, Drs. 14/9200, 12. Juni 2002, S. 368.

<sup>71</sup> Auch die Wasserrahmenrichtlinie der Gemeinschaft enthält als ökologisches Lenkungsinstrument und als Anreiz für eine sparsame nachhaltige Ressourcennutzung die Forderung nach Erhebung kostendeckender Wasserpreise für alle Wasserdienstleistungen, vgl. »Richtlinie 2000/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2000 zur Schaffung eines Ordnungsrahmens für Maßnahmen der Gemeinschaft im Bereich der Wasserpolitik«, Amtsblatt Nr. L 327 vom 22.12.2000, sowie die Mitteilung der Europäischen Kommission, Die Preisgestaltung als politisches Instrument zur Förderung eines nachhaltigen Umgangs mit Wasserressourcen, KOM (2000) 477 endg., vom 26.7.2000.

<sup>67</sup> Siehe den Weltwasserbericht der UNESCO, *Water for People, Water for Life*, März 2003, und den sogenannten Camdessus-Report, *Financing Water for all. Report for the World Panel Financing Water Infrastructure*, World Water Council u.a., März 2003.

<sup>68</sup> Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit, *Privatisierung in der Wasserwirtschaft*, Berlin o.J., S. 17.

<sup>69</sup> In der Bundesrepublik betrug das Investitionsvolumen im Jahr 2001 nach Zahlen des Bundesverbandes der deutschen

Trinkwasser ist darüber hinaus auch kein übliches Handelsgut wie Elektrizität oder Telekommunikation, sondern zugleich ein Lebensmittel. In Ziffer 1 der Präambel der EU-Wasserrahmenrichtlinie stellt die Gemeinschaft deshalb fest: »Wasser ist keine übliche Handelsware, sondern ein ererbtes Gut, das geschützt, verteidigt und entsprechend behandelt werden muß.« Dies erfordert besondere Qualitätsstandards und Kontrollverfahren und verbietet eine Vermischung unterschiedlicher Wasserarten. Trinkwasser ist kein homogenes Gut, sondern unterscheidet sich je nach seiner physikalischen, chemischen und mikrobiologischen Zusammensetzung.<sup>72</sup> Damit ist die Möglichkeit, Dritten Durchleitungsrechte in den bestehenden Rohrleitungen zu gewähren, anders als beim Aufbrechen der Gebietsmonopole in den Bereichen Elektrizitätsversorgung und Telekommunikation aus technologischen und hygienischen Gründen nur eingeschränkt gegeben oder mit zusätzlichen Kosten verbunden.

Die ungünstige Kostenrelation zwischen dem Trinkwasser-Erzeugerpreis und den Transportkosten zum Endverbraucher hat zudem zur Folge, daß Parallelstrukturen für die Gewinnung, die Aufbereitung und den Transport durch verschiedene Anbieter zumeist nicht ökonomisch sind und sich »natürliche Monopole« und darüber hinaus dezentrale Netze etabliert haben.<sup>73</sup> Vor dem Hintergrund dieser Besonderheiten des Wassermarkts sind drei verschiedene Wettbewerbsformen denkbar:

1. der Wettbewerb um den Markt,
2. der Wettbewerb im Markt und schließlich
3. der Wettbewerb um spezifische Dienstleistungen.

Beim Wettbewerb *um den Markt* wird das Dienstleistungsmonopol in einem Gebiet bzw. einem Rohrleitungsnetz nicht aufgebrochen, sondern das Versorgungsrecht innerhalb eines Gebietes durch die Vergabe von langfristigen Konzessionen an Private übertragen, die ihrerseits die Abwicklung der Wasserversorgung übernehmen. Das Wettbewerbsinstrument ist dabei das Ausschreibungsverfahren über den Marktzutritt. Allerdings wird der Marktzutritt häufig

an die Übernahme der Investitionen in das Netzsystem gebunden, was sehr lange Vertragslaufzeiten erforderlich macht. Die Vorteile des Wettbewerbs während des Ausschreibungsverfahrens können so nur eingeschränkt genutzt werden. Beim Wettbewerb *im Markt* soll der direkte Wettbewerb um den Endabnehmer geführt werden. Dies kann durch den Aufbau eines zweiten Leitungsnetzes oder mittels Durchleitungen erfolgen. Diese Optionen sind allerdings technisch nur unter großen Schwierigkeiten umzusetzen und mit hohen Kosten verbunden. Der direkte Wettbewerb *um spezifische Dienstleistungen*, das heißt einzelne Elemente der gesamten Wertschöpfungskette (wie Labordienstleistungen, Instandsetzung oder Unterhaltungen von Werken u.ä.), kann hingegen problemlos freigegeben werden.

In ihrer Strategie für den Binnenmarkt 2003–2006<sup>74</sup> hatte die Kommission im Hinblick auf eine mögliche Öffnung des Wassermarkts hervorgehoben, wie außergewöhnlich groß und heterogen dieser Markt sei: »Wasser ist ein wichtiger Wirtschaftszweig, dessen geschätzter Jahresumsatz von 80 Mrd. € höher ist als der des Erdgassektors. Die jährlichen Wassergebühren schwanken jedoch zwischen 350 € in Berlin und 50 € in Rom (in Irland werden sogar überhaupt keine Wassergebühren verlangt).« Sie kündigte an, die rechtliche und administrative Situation im Wasser- und Abwassersektor auch unter wettbewerblichen Gesichtspunkten zu prüfen und Möglichkeiten gesetzgeberischer Maßnahmen zu sondieren. Sie beabsichtigt hierzu einen Bericht vorzulegen, der sich unter anderem auch auf die Auswertung einer umfangreichen Abfrage zur Situation auf den Wassermärkten in den einzelnen Mitgliedstaaten stützen soll.<sup>75</sup> Die Haltung der Europäischen Kommission ist allerdings noch nicht konsistent – einerseits wird die Wasserversorgung in der Wasserrahmenrichtlinie als »Leistung der Daseinsvorsorge« und das Gut Wasser als nicht übliches Handelsgut definiert, andererseits subsumiert die Kommission in ihrem Grünbuch zur Da die Wasserversorgung explizit unter dem Begriff der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, was wiederum die Anwendung der Beihilfenkontrollinstrumente nach sich ziehen würde.

<sup>72</sup> Siehe zu diesem Aspekt ausführlich die Studie des Umweltbundesamts: Holger Brackelmann u.a., Liberalisierung der deutschen Wasserversorgung. Auswirkungen auf den Gesundheits- und Umweltschutz, Skizzierung eines Ordnungsrahmens für eine wettbewerbliche Wasserwirtschaft, Berlin, November 2000 (Texte des Umweltbundesamtes 2/2000).

<sup>73</sup> Siehe zum weltweiten Wassermarkt auch den Policy Research Report der Weltbank: Ioannis N. Kessides, Reforming Infrastructure. Privatization, Regulation and Competition, Washington 2004.

<sup>74</sup> Europäische Kommission, Binnenmarktstrategie. Vorrangige Aufgaben 2003–2006, KOM (2003) 238 endg., vom 7.5.2003.

<sup>75</sup> Im Mai 2003 wurde den Mitgliedstaaten ein 31seitiger Fragebogen zugestellt, mit dem sich die Kommission detailliert nach den rechtlichen Rahmenbedingungen und der Struktur der Wasserwirtschaft erkundigt, darunter auch nach den Kosten und Investitionen.

Es zeichnet sich ab, daß die Kommission die Anwendung des europäischen Wettbewerbsrechts auf die Wassermärkte ähnlich wie im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs (ÖPNV) durchsetzen will. Damit zielt sie nicht zwingend auf eine Privatisierung der Unternehmen, sondern auf eine erhöhte Kostentransparenz und einen deutlich gesteigerten Wettbewerb um die Märkte. Um dies zu erreichen, erwägt sie eine erhebliche Reduzierung der Laufzeit von Konzessionen bzw. von Exklusivrechten lokaler Monopole und eine stärkere Differenzierung der Anwendungsbereiche bei deren Vergabe. Darüber hinaus erwägt sie eine intensivierte wettbewerbs- und beihilfenrechtliche Kontrolle.<sup>76</sup> Dagegen hat sich das Europäische Parlament bereits mehrfach eindeutig gegen eine Liberalisierung ausgesprochen, zuletzt in seiner Entschließung zur Europäischen Binnenmarktstrategie. Das Parlament fordert jedoch, »ohne einer Liberalisierung das Wort zu reden, eine ›Modernisierung‹, wobei wirtschaftliche Grundsätze mit Qualitäts- und Umweltstandards sowie mit der erforderlichen Effizienz im Einklang stehen müssen«.<sup>77</sup>

Trotz dieser Willensbekundungen ist in der EU ebenso wie in der restlichen Welt eine Zunahme des privatwirtschaftlichen Einflusses auf die Wassermärkte festzustellen. Dabei handelt es sich aber überwiegend um Private-Public-Partnerships und nur selten um komplette Privatisierungen eines Wassermarkts. Parallel zu diesem Trend zur Privatisierung ist auch ein Trend zur Europäisierung und zur Konzentration in der europäischen Wasserwirtschaft festzustellen. So sind die großen französischen Wasserunternehmen über Tochterfirmen auf dem deutschen Markt aktiv, zum Beispiel Vivendi durch die Mehrheitsübernahme bei den Berliner Wasserbetrieben. Die deutsche RWE

wiederum ist durch den Kauf der britischen Thames Water in England vertreten. Die international tätigen Unternehmen verfolgen zunehmend Multi-Utility-Konzepte und sind folglich sowohl bei der Wasserversorgung und Abwasserentsorgung als auch im Bereich der Energieversorgung (Gas, Strom) tätig.

Für die Diskussion über weitergehende Schritte zur Liberalisierung des europäischen Wassermarkts ist die Entwicklung der Preise und der Qualität in den letzten Jahren von herausragender Bedeutung, denn die Befürworter einer Marktöffnung begründen ihre Forderung mit dem Hinweis auf sinkende Preise bei zumindest gleichbleibender Qualität.<sup>78</sup> Dabei ist zu beachten, daß die europäische Umweltgesetzgebung erhöhte Standards für Qualität und Sicherheit der Wasserver- und Abwasserentsorgung festgelegt und damit technologische Nachrüstungen und Verbesserungen erzwungen hat, die steigende Betriebskosten zur Folge hatten.<sup>79</sup> Dies wiederum führte zu einer Erhöhung der Verbraucherpreise einerseits und einer zunehmenden Spezialisierung und Konzentration auf Seiten der Unternehmen andererseits. Die im Dezember 2000 erlassene Wasserrahmenrichtlinie der Gemeinschaft stellte weitere Anforderungen an die Wasserversorger: Sie müssen einerseits hohe ökologische Standards einhalten und andererseits eine kosten deckende Preispolitik verfolgen.

Insgesamt sind die Strukturen und rechtlichen Grundlagen der Wasserwirtschaft in allen EU-Mitgliedstaaten höchst unterschiedlich.<sup>80</sup> England und Wales haben in Europa die radikalste Privatisierung des Wassermarkts vollzogen. Seit 1989 gibt es hier eine zentrale Aufsichtsbehörde, die als Regulator zur Festlegung von Preisobergrenzen fungiert. Die privaten Anbieter stehen miteinander in direkter Konkurrenz, wobei der Wettbewerb aber vornehmlich um den Markt ausgetragen wird und sich nur bei industriellen

<sup>76</sup> Vgl. Alexander Gee, Competition and the Water Sector, in: EC Competition Policy Newsletter, (2004) 2, S. 38–40.

<sup>77</sup> Europäisches Parlament, Entschließung zu der Mitteilung der Kommission: Binnenmarktstrategie – Vorrangige Aufgaben 2003–2006 (KOM(2003) 238 – C5-0379/2003 – 2003/2149(INI)), P5\_TA(2004)0183, vom 11. März 2004. Zwei Monate zuvor hatte das EP in seiner Stellungnahme zum Grünbuch der Kommission zu den DaI bereits deutlich formuliert: »Das Europäische Parlament [...] lehnt ab, dass die Wasser- und Abfalldienste Gegenstand sektoraler Richtlinie[n] des Binnenmarktes werden; vertritt die Auffassung, dass angesichts der unterschiedlichen regionalen Merkmale dieses Sektors und der örtlichen Zuständigkeit für die Bereitstellung von Trinkwasser sowie verschiedener anderer Voraussetzungen in Bezug auf Trinkwasser keine Liberalisierung der Wasserversorgung (einschließlich der Abwasserbeseitigung) vorgenommen werden sollte«, Europäisches Parlament, Entschließung zu dem Grünbuch [wie Fn. 59].

<sup>78</sup> Vgl. Deutsche Bank Research, Wasserwirtschaft im Zeichen von Liberalisierung und Privatisierung, 25. August 2000, und Hans-Jürgen Ewers u.a., Optionen, Chancen und Rahmenbedingungen einer Marktöffnung für eine nachhaltige Wasserversorgung, BMWi-Forschungsvorhaben, Endbericht, Juli 2001.

<sup>79</sup> Jan Byatt, The Impact of Directives on Water Costumers in England and Wales, in: Journal of European Public Policy, 3 (1996) 4, S. 665–674.

<sup>80</sup> Hierzu bietet die im Auftrag der Europäischen Kommission erarbeitete Studie der WRc Group (Water Research Centre) und Ecologic einen guten Überblick in Form von kurzen Länderberichten zu den Wassermärkten der EU-15, WRc&Ecologic, Study on the Application of the Competition Rules to the Water Sector in the European Community, Swindon/Wiltshire, Dezember 2002.

Großkunden durch den Bau von Fremdnetzen in den Markt verlagert. Auch in diesem einzigen komplett privatisierten Wassermarkt Europas stiegen die Wasserpreise zwischen 1989 und 2000 um real 41 Prozent.

In Deutschland stiegen die Trinkwasserpreise seit Beginn der neunziger Jahre bis zum Jahr 2001 um rund 40 Prozent an, wobei die größten Preissprünge zu Beginn der neunziger Jahre zu verzeichnen waren. Seit Ende des vergangenen Jahrzehnts hat sich der Preisantrieb verlangsamt. Zwar zeigen europäische Preisvergleiche, daß die Trinkwasserpreise in Deutschland gemeinsam mit denen in den Niederlanden stets an der Spitze der Skala rangieren, ebenso wie bei den Abwassergebühren (hier gemeinsam mit Österreich); allerdings sind die Preise weder weltweit noch innerhalb der EU wirklich vergleichbar, da sowohl die Preisstruktur und die Kriterien der Preisgestaltung als auch die Trinkwasserqualität, der Wasserverbrauch, die Versorgungssicherheit und die Kostendeckung sehr stark differieren.<sup>81</sup> So werden die Preise in vielen EU-Staaten subventioniert – in Deutschland liegen die Zuschüsse der öffentlichen Hand bei 17 Prozent der tatsächlichen Kosten, in Frankreich bei bis zu 20 Prozent und in Italien sogar bei bis zu 70 Prozent. Während in Frankreich, Italien und England die Wasserverluste durch defekte Rohrleitungen zwischen 20 und 30 Prozent betragen, liegen die Verlustraten in Deutschland und Dänemark unter 10 Prozent. Während in Deutschland, Österreich und den Niederlanden nahezu alle Haushalte mit Wasserzählern ausgestattet sind, die eine verbrauchsabhängige Berechnung erlauben, verfügen in Großbritannien lediglich 18 Prozent der Haushalte über Wasserzähler. Die Wasserkosten werden deshalb in Großbritannien derzeit überwiegend noch über eine Pauschale abgerechnet. In Irland werden die Wasserkosten nicht über Gebühren oder Abrechnungen umgelegt, sondern als staatliche Leistung finanziert. In bezug auf Deutschland wird allgemein die Einschätzung geteilt, daß die dort geltenden durchschnittlichen Wasserpreise angesichts der sehr großen Versorgungssicherheit, der guten Wasserqualität, der hohen Anschlußdichte und des hohen Standards der deutschen Leitungsnetze (der durch die geringe Wasserverlustquote belegt wird), nicht überhöht seien.

## Die europäische Wasserwirtschaft zwischen »kommunaler Atomisierung« und Global Playern – die Kompetenzfrage

Die europäischen Wassermärkte sind mit Ausnahme des französischen und des englisch-walisischen Markts derzeit noch von einer historisch gewachsenen Dominanz der kommunalen Anbieter und der öffentlichen Versorgungsunternehmen geprägt. Sie werden aber, wie erwähnt, zunehmend für private Unternehmen in Form von Beteiligungs- oder Konzessionsmodellen geöffnet. In Schweden gibt es rund 2000 kommunale Wasserversorger, die etwa 90 Prozent der schwedischen Bevölkerung zu relativ günstigen Preisen beliefern. Seit den neunziger Jahren wurde die Wasserversorgung in einzelnen Städten teilprivatisiert; vollständige Verkäufe von Wasserversorgungsbetrieben an private Unternehmen gibt es erst seit dem Jahr 2000. In den Niederlanden kam es ab Mitte der siebziger Jahre auf staatliche Initiative zu einer kontrollierten Konzentration der Wasserversorgung. Die Zahl der Versorgungsunternehmen sank von ehemals 110 auf inzwischen noch rund 20 Unternehmen. Eine weitere Reduzierung auf 5 bis 8 Unternehmen ist beabsichtigt. Eigentümer der Unternehmen blieben die angeschlossenen Kommunen. Im Jahr 2000 wurde der Privatisierungsprozeß allerdings aus Furcht vor steigenden Preisen vorerst gestoppt. In Österreich wird die Wasserversorgung durch rund 4000 kleine und kleinste Wasserversorgungsunternehmen auf Gemeindeebene organisiert. Nur etwa 200 davon versorgen mehr als 5000 Einwohner. Auch in Italien sind seit Ende der neunziger Jahre erste Schritte zur Beteiligung privater Unternehmen eingeleitet worden. Die rund 13 000 kommunalen Wasserbetriebe durchliefen einen Prozeß der Umstrukturierung, ebenso wie die in Portugal und Spanien. In den neuen EU-Mitgliedstaaten wurden Konzessionen an private Wasserversorger vergeben, häufig allerdings ohne Ausschreibung. Die Marktanteile der privaten Versorgungsunternehmen, vornehmlich französische, britische und deutsche Konzerne, wuchsen trotzdem nur langsam. Vorreiter ist die Tschechische Republik, wo die kommunalen Wasserwerke schrittweise privatisiert wurden, verbunden mit zum Teil heftigen Preiserhöhungen für die Verbraucher.<sup>82</sup>

<sup>81</sup> So der Bundesverband der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft (BGW).

<sup>82</sup> Vgl. Dave Hall/Emanuelle Lobina/Robin de la Motte, Water Privatisation and Restructuring in Central and Eastern Europe and NIS Countries, 2002, Public Services International Research Unit (PSIRU) Report, März 2003.

In *Frankreich* wurden bereits im 19. Jahrhundert erste private Wasserversorgungsunternehmen gegründet. Heute dominieren drei Großkonzerne den gesamten französischen Markt: der weltgrößte Wasserkonzern Veolia Water (vormals unter Vivendi Waters firmierend), die SUEZ-Lyonnaise des Eaux (SLE) und Bouygues/SAUR. Diese drei Unternehmen bedienen rund 80 Prozent des französischen Wassermarkts. In den kleinen und ländlich geprägten Kommunen allerdings führen die Gemeinden die Wasserversorgung häufig noch im Eigenbetrieb durch. Seit Anfang der neunziger Jahre müssen die Wasserversorgungsverträge ausgeschrieben werden, vornehmlich als Konzessionsverträge mit langjährigen Laufzeiten zwischen 30 und 50 Jahren. Die Kontrakte bestimmen fast durchweg, daß der private Wasserversorger sämtliche Investitionskosten trägt, aber umgekehrt frei in seiner Preisgestaltung ist. Die Versorgungsanlagen bleiben dabei zumeist im Besitz der öffentlichen Hand. Der französische Wassermarkt ist nicht umfassend liberalisiert, sondern faktisch ein Oligopol, das von den Marktführern dominiert wird. In verschiedenen Untersuchungen wurde darauf hingewiesen, daß die Wasserpreise in den Eigenbetrieben der Kommunen am niedrigsten sind und bei den privaten Konzessionsversorgern im Schnitt 30 Prozent höher liegen.

Den deutlichsten Kontrast zum hoch konzentrierten und auf den Weltmarkt orientierten französischen Wassermarkt bildet das »atomistisch geprägte deutsche System«<sup>83</sup> mit kleinen und mittleren Versorgungsunternehmen und kommunalen Betrieben. Diese »Atomisierung« ist ein Hemmschuh für eine stärkere Partizipation an den Wachstumspotentialen des Weltwassermarkts. Neben der geringen Größe der Unternehmen sehen Beobachter darüber hinaus in der Trennung von Wasserversorgung und Abwasserentsorgung sowie in der Differenzierung der vorgelagerten Märkte (Anlagenbau, Ingenieurleistungen, Controlling, Labors, Abrechnung etc.) ein Manko für die Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wasserwirtschaft.

Der deutsche Wassermarkt ist mit einem Umsatzvolumen von rund 17 Milliarden Euro der größte in Europa. Seine eben erwähnte extreme Fragmentierung ist eine Folge der traditionellen kommunalen Zuständigkeit für die Wasserver- und Abwasserentsorgung im Rahmen der Daseinsvorsorge. Auf 1 Million Einwohner entfallen in Deutschland fast 90 Wasserversorger; rund 60 Prozent der Wassermenge wird von 3,6 Pro-

zent der Unternehmen bereitgestellt. Die Trinkwasserversorgung wird von etwa 7000 Wasserversorgungsunternehmen wahrgenommen, die 8600 Wasserwerke und 10 800 Wassergewinnungsanlagen unterhalten. Die Abwasserentsorgung wird von circa 8000 Entsorgungsunternehmen mit 10 273 Kläranlagen und 450 000 Kilometer Kanalnetz betrieben. Auch diese Unternehmen befinden sich fast vollständig in kommunaler Hand.<sup>84</sup> Mehr als 90 Prozent der Unternehmen werden als kommunale Eigenbetriebe oder als Zusammenschlüsse (Zweckverbände, Wasserverbände) geführt. Diese Form der freiwilligen und teilweise auch von öffentlicher Seite geforderten Zusammenarbeit in Wasser- und Abwasserverbänden dominiert den deutschen Wassermarkt. Die Verbände unterscheiden sich nach Zweck, Ausdehnungsgrad und Organisationsform (zum Beispiel Regiebetriebe, Eigenbetriebe, Eigengesellschaften, Kooperationsmodelle, Betreibermodelle). Lediglich 1,6 Prozent der Versorgungsunternehmen sind komplett privatisiert und werden ohne jedwede öffentliche Beteiligung betrieben.

## Konsequenzen

Seit mehr als einem Jahrzehnt ist in ganz Europa ein starker Trend zur Privatisierung der Wasserversorgungsunternehmen festzustellen. Dabei muß zwischen einer rein formellen und einer materiellen oder funktionalen Privatisierung unterschieden werden.<sup>85</sup> In jedem Mitgliedstaat kam es zu einer Vermengung unterschiedlicher Unternehmensmodelle, wobei allerdings der Typus des öffentlichen, zumeist kommunal betriebenen Versorgers noch immer dominiert und private Unternehmen die Ausnahme darstellen. Derzeit lassen sich in Europa drei Modelle beobachten:

- das deutsch-österreichische Modell, bei dem die Wasserwirtschaft eine Kernaufgabe der kommunalen Selbstverwaltung und Daseinsvorsorge ist. Wettbewerbs Elemente sind schon aufgrund der fragmentierten Struktur des Marktes und des an kommunalen Versorgungsstrukturen orientierten Systems kaum vorhanden.

<sup>84</sup> Bericht des Arbeitskreises III »Fortentwicklung der kommunalen Wasserwirtschaft« zur 172. Innenministerkonferenz der Länder vom 28./29.4.2003.

<sup>85</sup> Bei der Formal- oder Organisationsprivatisierung wird das Unternehmen in privater Rechtsform geführt, befindet sich aber weiterhin ganz oder mehrheitlich im Besitz der öffentlichen Hand.

<sup>83</sup> Vgl. *Deutsche Bank Research*, Wasserwirtschaft [wie Fn. 78], S. 4.

- ▶ das rein privatwirtschaftliche Modell in England und Wales, bei dem Regulierungsbehörden über den Gewässerschutz, Umwelt- und Qualitätsstandards sowie über das Preisniveau wachen. Dabei unterwerfen sich die Versorgungsunternehmen einem strengen, auf einem *benchmarking*-Konzept beruhenden Wettbewerbs- und Regulierungssystem.
- ▶ das französische Konzessionsmodell, das unter Beibehaltung der kommunalen Eigentumsstruktur zu einem Oligopol weniger, international wettbewerbsfähiger Großkonzerne geführt hat.

Entgegen den Stimmen, die auf eine weitere Privatisierung und Liberalisierung drängen, vertreten Bundestag, Bundesregierung, Länder, kommunale Spitzenverbände und die Fachverbände der öffentlichen Wasserwirtschaft seit 2002 das gemeinsame Ziel, den deutschen Wassermarkt nicht zu liberalisieren, ihn allerdings energisch umzustrukturieren. Der Deutsche Bundestag hatte bereits im Jahr 2001 in seiner Entschließung zur nachhaltigen Wasserwirtschaft in Deutschland eine Strategie zur Modernisierung der nationalen Versorgungsunternehmen empfohlen, um die internationale Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Wasserwirtschaft zu stärken. Dazu müßten die Betriebseinheiten vergrößert, die Exportkapazitäten gefördert und die Interessen der deutschen Unternehmen in den internationalen Geberinstitutionen, wie zum Beispiel der Weltbank, verstärkt vertreten werden. Zugleich bezeichnete der Bundestag die Trinkwasserversorgung als »Kernaufgabe der öffentlichen Daseinsvorsorge und damit der Kommunen«. Hier zeichnet sich ein Widerspruch ab zwischen dem Bestreben, die fragmentierte kommunale Wasserwirtschaft zu schützen, und dem Ziel, effiziente Unternehmen zu schaffen, die das Potential der internationalen Wassermärkte auszuschöpfen vermögen.

Von Bedeutung für das politische Handeln ist nicht die derzeitige Situation, sondern die Entwicklungspotentiale eines dynamischen Marktes, die damit verbundenen Gewinnoptionen und der hieraus erwachsende Druck zu weitergehenden Marktöffnungen des zuvor monopolisierten Wassermarkts. Der Trend zur weiteren Privatisierung, zur Konzentration auf wenige, international wettbewerbsfähige Multi-Utility-Unternehmen und damit zur Europäisierung des Wettbewerbs hat bereits einen tiefgreifenden Strukturwandel ausgelöst, der diese Prozesse zwangsläufig weiter beschleunigen wird. Der globale Wassermarkt wird vor dem Hintergrund einer stetig wachsenden Weltbevölkerung und der Unverzichtbarkeit von sauberem Trinkwasser und einer gesunden Abwasserent-

sorgung weiter an Dynamik zunehmen. Angesichts des enormen Investitions- und Finanzierungsbedarfs zur Deckung dieser Grundbedürfnisse wird es in den ärmsten und armen Ländern unumgänglich sein, auf privates Kapital zurückzugreifen. Auch in Europa wird der Anteil privater Wasserver- und Abwasserentsorger weiter zunehmen, nicht zuletzt, um auch den Modernisierungsbedarf in der europäischen Wasserwirtschaft – insbesondere in den neuen Mitgliedstaaten – zu decken. Die Erfahrungen, die mit den Liberalisierungen in anderen netzgebundenen Universaldiensten, wie in den Energie- und Telekommunikationsmärkten, gewonnen wurden, haben überdies eine Signalwirkung für ähnliche Veränderungen auch im Wassersektor, wenngleich die ersten Erfahrungen und internationalen Vergleiche deutliche Zweifel an den positiven Effekten der Marktöffnung zulassen.

Als Folge dieser Entwicklung läßt sich prognostizieren, daß sich die kleinen kommunalen Monopole, die bisher vornehmlich dem Gemeinwohl verpflichtet waren, in Zukunft im Wettbewerb gegen hoch effiziente Multi-Utility-Unternehmen behaupten müssen. Der Vorstoß der Europäischen Kommission, auch die Vergabe von Konzessionen und andere Formen der öffentlich-privaten Partnerschaften im Bereich der DaI an die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben des europäischen Vergaberechts anzugleichen, wird den Konkurrenzdruck auf die deutschen Kommunalbetriebe weiter erhöhen. Um annähernd gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen, wird diese Politik zwar nicht zwangsläufig zu einer Veränderung der Eigentumsstruktur führen, aber doch zu einer grundlegenden Reform der Marktstrukturen. Denkbar ist, daß das derzeit geltende Örtlichkeitsprinzip der deutschen Gemeindeordnungen, das den Markt für die kommunalen Dienstleister geographisch begrenzt, zugunsten größerer Zusammenschlüsse kommunaler Anbieter aufgegeben wird.



## Daseinsvorsorge im Spannungsfeld negativer und positiver Integration

In der politikwissenschaftlichen Integrationsforschung werden die EG-Vertragsziele »Marktöffnung« und »unverfälschter Wettbewerb« als Charakteristika der »negativen Integration« angesehen. Darunter wird eine Form der Integration verstanden, die über den sukzessiven Abbau von Hemmnissen und Diskriminierungen im europäischen Binnenmarkt erreicht wird.<sup>86</sup> Dagegen ist die Entwicklung gemeinsamer, vornehmlich supranationaler Steuerungsinstrumente ein Kennzeichen der »positiven Integration«. Während die negative Integration also ihre Legitimation aus den Ursprüngen des europäischen Primärrechts ableitet, müssen Maßnahmen der positiven Integration jeweils neu begründet, in schwierigen politischen Verhandlungsprozessen vereinbart und legitimiert werden. »Im Ergebnis verschiebt sich dadurch die Balance zwischen kapitalistischer Ökonomie und demokratisch legitimer Politik, die sich in den Nachkriegsjahrzehnten in den westeuropäischen Staaten herausgebildet hatte«, konstatiert Fritz W. Scharpf.<sup>87</sup>

Die Mechanismen der negativen Integration führen in der Konsequenz zu einer immer stärkeren Berücksichtigung wirtschaftlicher Rationalität in immer mehr Politikfeldern. Was bisher der staatlichen Verwaltung als eine demokratisch legitimierte Aufgabe zugewiesen und demzufolge ein Bestandteil politischer Gestaltungsmöglichkeiten war, wird nun den Marktkräften des Binnenmarkts unterworfen. Mit der Öffnung einzelner Marktsegmente der gemeinwohlorientierten Dienstleistungen in einem einzelnen Mitgliedstaat entsteht zunächst ein neuer Dienstleistungsmarkt auf nationaler Ebene. Bei den großen, grenzüberschreitend tätigen Dienstleistungsunternehmen weckt die Aussicht auf potentielle Wachstumsmärkte dann häufig das Interesse, auf diesem Markt präsent zu sein und das Marktvolumen durch eine Ausweitung auf andere Mitgliedstaaten zu vergrößern. Sie drängen deshalb die Europäische Kommission zur Öffnung des gesamten europäischen

Binnenmarkts für ihre Dienstleistung oder versuchen über die Anrufung des EuGH, diese Öffnung zu erzwingen. Damit wächst der Druck der negativen Integration zu einer europaweiten Liberalisierung in diesem Segment.

Um diesen Automatismus zu durchbrechen, sollte die mit dem Binnenmarkt neu angefachte Dynamik der »negativen Integration« von einer »positiven Flankierung« begleitet werden, nämlich von Bestimmungen insbesondere auf den Feldern der Sozial-, Arbeitsschutz-, Verbraucherschutz- oder auch der Umweltpolitik. Gerade bei den Maßnahmen der »positiven Integration« verschärft sich in der Union allerdings der Grundsatzkonflikt über das Ausmaß staatlicher Regulierung und Rahmensetzung. Die ordnungspolitischen Konflikte werden somit vornehmlich auf dem Feld der positiven Integration ausgetragen. Der Vorrang des Europarechts vor der mitgliedstaatlichen Rechtsetzung, verbunden mit der primärrechtlichen Zielsetzung der Liberalisierung und Deregulierung, und der durch das europäische Wettbewerbsrecht und das Ziel der Währungsstabilität eingeengte mitgliedstaatliche Handlungsspielraum verhindern weitgehend eine sozial- und beschäftigungspolitische Flankierung mit Hilfe des öffentlichen Sektors.

Den Regierungen der Mitgliedstaaten stehen demnach grundsätzlich zwei Optionen zur Verfügung, um auf die Herausforderung durch die Gesetzmäßigkeiten der »negativen Integration« zu reagieren: Zum einen können sie versuchen, ihre Handlungsspielräume durch Abschottung gegen die Marktmechanismen zu sichern. Diese Politik wird jedoch durch das europäische Wettbewerbsrecht, die Marktinteressen privater Unternehmen und die nationalen Interessen der anderen Mitgliedstaaten behindert. Zum anderen können sie dem Deregulierungsprozeß mit Maßnahmen positiver Integration entgegensteuern, indem sie die Rationalität des Marktes durch regulierende Eingriffe zum Beispiel in der Sozial-, Beschäftigungs- oder Umweltpolitik einhegen. Allerdings hat diese zweite Option eine weitere Europäisierung zur Folge und damit eine zusätzliche Verringerung nationalstaatlicher Handlungs- und Gestaltungsspielräume. Das Wechselspiel von negativer und positiver Integration führt so scheinbar unaufhaltsam zur funktionalisti-

<sup>86</sup> Vgl. Fritz W. Scharpf, *Mehrebenenpolitik im vollendeten Binnenmarkt*, Köln: Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Oktober 1994 (Diskussionspapier 94/4). Scharpf greift hier zurück auf Jan Tinbergen, *International Economic Integration*, 2. Auflage, Amsterdam 1965.

<sup>87</sup> Scharpf, *Mehrebenenpolitik* [wie Fn. 86], S. 6.

schen Europäisierung weiterer Politikbereiche und schließlich zu einer Veränderung der Bedeutung von Staatlichkeit im europäischen Kontext.<sup>88</sup> Dieser Prozeß verläuft jedoch weder stringent noch kontinuierlich, sondern zeitversetzt zwischen »negativer« und »positiver« Integrationspolitik und mit jeweils unterschiedlichen Eingriffstiefen in den verschiedenen Politikbereichen und auf den Handlungsebenen (z.B. stehen Mindestnormen im Bereich der Sozialpolitik detaillierte Regelungen im Bereich der Binnenmarktrechtsetzung gegenüber).

Gerade die Debatte über die Rolle der DaI im europäischen Binnenmarkt ist von diesem Wechselspiel der Mechanismen positiver und negativer Integration gekennzeichnet. Einerseits zwingen die Kräfte der negativen Integration, das heißt die Marktkräfte im Binnenmarkt, zu weiteren Öffnungs- und Modernisierungsschritten; andererseits verfolgen die Befürworter einer europäischen Rahmenrichtlinie mit der Festlegung gemeinsamer Grundregeln für die DaI eine Stärkung des Europäischen Gesellschafts- und Sozialmodells, also eines zentralen Ziels »positiver Integration«. Jedoch zeigt sich auch hier die Zurückhaltung der Mitgliedstaaten gegenüber weitergehenden Schritten; die Regierungen befürchten eine weitere Einengung ihrer politischen Handlungsspielräume durch eine Übertragung ihrer politischen Gestaltungskompetenzen auf die europäische Ebene.

Die Debatte über eine europäische Rahmenrichtlinie ist also eine europaweite Diskussion darüber, wo die Trennlinie zwischen Markt und Staat verlaufen soll. Derzeit werden diese Grenzen in den einzelnen EU-Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich definiert und demzufolge auch verschiedene Regulierungs- und Ordnungsmodelle verfolgt. Während in Deutschland die Leistungen der Daseinsvorsorge traditionell dezentral und subsidiär umgesetzt werden, sind die Leistungen des *service public* in Frankreich zentralisiert. In Großbritannien dagegen wird die Rolle des Staates dem Markt untergeordnet. Allenfalls könnten sehr allgemeine Kriterien, die gegenwärtig prägend und konstitutiv für das Verständnis des europäischen

Gesellschafts- und Sozialstaatsmodells sind, in einer solchen Richtlinie verankert werden. Weil aber eben dieses einheitliche Verständnis über das europäische Gesellschafts- und Sozialmodell und in der Folge auch über die Form und das Ausmaß gemeinwohlorientierter öffentlicher Dienstleistungen in der EU nicht vorhanden ist, dominieren die Mechanismen der negativen über die der positiven Integration. Der ordnungspolitische Konflikt wird deshalb im Rahmen der Diskussion über Maßnahmen positiver Integration ausgetragen.

<sup>88</sup> Die spürbarsten Einschränkungen der nationalen Gestaltungsspielräume ergeben sich folglich nicht aus der aktiv gestaltenden Europapolitik, sondern in viel stärkerem Maße aus der Öffnung der Märkte und der Einhaltung der europäischen Wettbewerbsregeln. Damit wird die Frage, wie die Mitgliedstaaten auf die Übertragung der Binnenmarktmechanismen auf die DaI reagieren, auch zu einer Frage der politischen Aufgabenverteilung zwischen der europäischen und der nationalen Ebene.

## Fazit

Der Druck zur Liberalisierung und Modernisierung im Bereich des Dienstleistungssektors ist nicht ursächlich im europäischen Recht oder der Politik der Europäischen Kommission begründet, sondern eine Konsequenz sich verändernder wirtschaftlicher und gesellschaftlicher Rahmenbedingungen. Die steigenden Ansprüche an die Bereitstellung, die Qualität und den Preis für DaI sowie die technischen Innovationen im Bereich der netzgebundenen Dienstleistungsmärkte stehen in einem eklatanten Spannungsverhältnis zur Situation der öffentlichen Haushalte. Immer häufiger werden deshalb die DaI-Märkte für private Anbieter und privates Kapital geöffnet, um Effizienzgewinne zu erzielen.

Dieser Trend läßt sich nicht nur an dem dargelegten Fallbeispiel des Wassermarkts aufzeigen, sondern auch in anderen gemeinwohlorientierten Dienstleistungsmärkten beobachten. So drängen zum Beispiel seit den neunziger Jahren vermehrt private Verkehrsunternehmen in ganz Europa auf den Personenbeförderungs- und Nahverkehrsmarkt,<sup>89</sup> und auch im Bereich der Gesundheits- und Sozialdienste<sup>90</sup> entwickelt sich ein neues Segment im Dienstleistungsbinnenmarkt. Die Verbraucher kaufen immer häufiger und in immer wieder neuen Marktsegmenten grenzüberschreitende Dienstleistungen ein und umgekehrt bieten Dienstleistungsanbieter eigene Dienste vermehrt in anderen Mitgliedstaaten an. Das wettbewerbs- und marktorientierte Europarecht verstärkt diesen ohnehin vorhandenen Veränderungsdruck und fördert die

Modernisierungstendenzen. Aufgabe der Europäischen Kommission ist es dabei, die Wettbewerbsbedingungen europaweit einheitlich zu regeln.

Wettbewerbsorientierung und Marktöffnung sind grundsätzlich auch bei Leistungen der Daseinsvorsorge zu befürworten, führen sie doch im Regelfall aufgrund der Anreiz- und Sanktionsmechanismen zu einem volkswirtschaftlich effizienteren Güter- und Dienstleistungsangebot und zu Verbesserungen sowohl für die öffentliche Hand als auch für die Verbraucher. Allerdings zeigen empirische Studien, daß die Öffnung einzelner Marktsegmente gerade im Bereich der DaI nicht immer Vorteile für alle Verbraucher zur Folge hat. Nicht in jedem Fall sinken die Preise bei steigender Qualität. Eine einseitige Nachgiebigkeit gegenüber den Mechanismen und der Rationalität des Marktes im Bereich der Daseinsvorsorge kann gerade unter den Bedingungen des europäischen Binnenmarkts zu einer Begünstigung derjenigen Unternehmen führen, die die Größe des Marktes zu nutzen wissen. Mögliche Folge wäre eine Konzentration oder Oligopolisierung auf den Märkten. Dies gilt für den Wasser- und Abwassermarkt ebenso wie für Verkehrs-, Gesundheits- und Sozialdienste. Auch führt die Öffnung der gemeinwohlorientierten Dienstleistungsmärkte nicht notwendig zu einer Verschlan-  
kung der staatlichen Verwaltung. Vielmehr wird der Bedarf an staatlicher Regulierung weiter zunehmen. Wenn einzelne Marktsegmente oder Elemente der Wertschöpfungskette für Private geöffnet werden, wird die öffentliche Verwaltung mit den Unternehmen auf gleicher Augenhöhe über die Konditionen des Markteintritts und die damit verbundenen Gemeinwohlverpflichtungen verhandeln müssen.

Zusammengefaßt zeichnen sich folgende allgemeine Entwicklungen ab:

1. Die Finanzierung der gemeinwohlorientierten Dienstleistungen wird immer weniger von den öffentlichen Haushalten und immer mehr über verbrauchsorientierte Nutzungsentgelte bestritten werden. Lediglich die Bereitstellung eines Kerns staatlich garantierten Gemeinwohls wird über einen Mehrkostenausgleich weiterhin durch Steuermittel finanziert werden. Das setzt voraus, daß dieser Kern des Gemeinwohls für das jeweilige

<sup>89</sup> Nach Angaben des internationalen Dachverbandes für das öffentliche Verkehrswesen (Union Internationale des Transports Publics – UITP) wird der öffentliche Personennahverkehr in der Europäischen Union von rund 1200 Unternehmen mit insgesamt 1 Million Beschäftigten betrieben, die pro Jahr einen Umsatz von rund 100 Mrd. Euro erwirtschaften und 50 Milliarden Fahrgäste befördern.

<sup>90</sup> Für den Binnenmarkt im Bereich Gesundheit wurde allein für die EU-15 ein Marktvolumen von rund 150 Mrd. Euro jährlich geschätzt. Auf der Grundlage der EuGH-Rechtsprechung und infolge der Anstrengungen der Kommission, einen rechtlichen Rahmen für die Sozial- und Gesundheitsdienstleistungen zu schaffen, wird sich hier ein neuer europäischer Dienstleistungsmarkt eröffnen, zum Beispiel in Form des Kliniktourismus oder im Bereich privater Ambulanz- und Pflegedienste.

Dienstleistungssegment definiert werden muß – im Bereich des Personennahverkehrs zum Beispiel ein flächendeckendes und kontinuierliches Versorgungsangebot, das dann im Rahmen der Ausschreibung und Vergabe öffentlicher Aufträge fixiert wird. Nur so kann der beihilfenrechtlich erlaubte Mehrkostenausgleich transparent und nachvollziehbar gestaltet werden.

2. Die Trennlinie zwischen wirtschaftlichen und nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen im allgemeinen Interesse, also zwischen markt- und gewinnorientierten Unternehmen einerseits und nicht auf den Markt und auf Gewinne orientierten Unternehmen andererseits, wird sich weiter zuungunsten der nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen verschieben. Je deutlicher eine Dienstleistung einen umverteilenden Charakter im Sinne einer wohlfahrtsstaatlichen Leistung hat, desto geringer ist die Wahrscheinlichkeit, daß hier Gewinne erzielt werden können und sich demzufolge ein Markt entwickeln könnte, und desto augenfälliger wird der nicht-wirtschaftliche Charakter der Dienstleistung und damit ihre Nicht-Betroffenheit vom europäischen Wettbewerbsrecht sein. Umgekehrt formuliert: Je deutlicher sich das wohlfahrtsstaatliche Dienstleistungsangebot an Effizienzkriterien orientiert, um so stärker gerät das Segment in den Fokus des Marktes und privater Anbieter und schließlich des europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsrechts. Diese Entwicklung zeichnet sich derzeit im Bereich der Sozial- und der Gesundheits- und Pflegedienste ab, wo ein großes Marktvolumen erwartet wird, zunehmend private Anbieter auf den Markt drängen und die bisherige Vergabe an karitative Einrichtungen und Verbände in Frage stellen.
3. Die potentiell gewinnträchtigen Märkte werden somit weiter expandieren, und die Unternehmen werden auf die Öffnung neuer Segmente drängen, wie das Beispiel Wassermarkt gezeigt hat. Vor diesem Hintergrund sind weitere Liberalisierungs- und Europäisierungsschritte nicht aufzuhalten. Für die öffentlichen Unternehmen wird dies bedeuten, daß sie einem wachsenden Wettbewerbs- und Modernisierungsdruck ausgesetzt sind.
4. Das Wettbewerbsprinzip wird damit zum Regelfall werden bei der Suche nach einem Ausgleich zwischen den Erfordernissen des Marktes und der Verpflichtung auf das Gemeinwohl. Dies macht eine Neuorientierung staatlicher Regulierungspolitik erforderlich. Für die öffentliche Verwaltung wird

die Überwachung des Marktes, die Verhinderung von Mißbrauch und Monopolstellungen Vorrang haben vor eigenen Angeboten. Zugleich wird sie die privaten Anbieter im Zuge von Ausschreibungsverfahren stärker auf die Erbringung von nicht-gewinnträchtigen Gemeinwohlverpflichtungen verpflichten müssen, zum Beispiel auf moderate Verbraucherpreise bei der Wasserver- und Abwasserentsorgung.

5. Die unterschiedliche Auffassung der Mitgliedstaaten von den Inhalten und Formen der DaI führt fast zwangsläufig zu Interessenkollisionen zwischen ihnen. Jede Regierung ist bemüht, die eigenen traditionellen Strukturen zu bewahren und damit implizit auch die eigenen Märkte zu schützen. Umgekehrt geht diese Politik der Mitgliedstaaten zum Teil auch einher mit dem Bemühen, die Märkte in anderen Mitgliedstaaten für die eigenen, privaten Dienstleistungsanbieter zu öffnen und somit Marktanteile zu erwerben.

## Abkürzungen

BDI	Bundesverband der Deutschen Industrie
BGW	Bundesverband der deutschen Gas- und Wasserwirtschaft
BIP	Bruttoinlandsprodukt
CEEP	Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général / European Centre of Enterprises with Public Participation and of Enterprises of General Economic Interest
DaI	Dienstleistungen von allgemeinem Interesse
EG	Europäische Gemeinschaft
EG-V	EG-Vertrag (Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft)
EP	Europäisches Parlament
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVV	Europäischer Verfassungsvertrag
EWG-V	EWG-Vertrag (Vertrag zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft)
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
GG	Grundgesetz
MdEP	Mitglied des Europäischen Parlaments
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
ÖPNV	Öffentlicher Personennahverkehr
ÖPP	Öffentlich-private Partnerschaften
SPE	Sozialdemokratische Partei Europas
UITP	Union Internationale des Transports Publics
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
WRc	Water Research Centre
WTO	World Trade Organization